

فقہ امامہ
تہذیب
تہذیب

A0655

المجلد السادس

(من)

کتاب

مفتاح الکرامۃ فی شرح قواعد العلامة

فی الأمانات ونوابها *

ویدخل فیہ (الودیعة) و (العاریة) و (اللقطة)

و (الجعالة) و (النصب) و (الشفعة)

تصنیف المولی العلامة المحقق المدقق البحر المتفن السید

محمد الجواد بن محمد بن محمد الحسینی العاملی

الشرائی المهور بالنجف الأشرف

الفروی علی ساکمه السلام

حیا ومیتاً قدس الله

سره التریف

آمین



(وفي اعلى كل صحيفة منه ما يخصها من المتن المذكور)



شارع مدحت

باتا

لاصحابها مصطفی شوری واخواه

سنة ۱۳۳۱ هـ

مطبعة الفيحاء

بمشق

(كتاب الامانات وتوابعها) فيه مقاصد (الاول) في الوديعة وفيه فصول (الاول) في حقيقتها (متن)



الحمد لله كما هو اهله رب العالمين . وصلى الله على محمد وآله الطاهرين المعصومين . ورضي الله سبحانه عن عثماننا ومشائخنا وصالحى رواتنا اجمعين . ﴿ و بعد ﴾ فهذا مارز بلطف الله سبحانه من اجزاء مفتاح الكرامة على قواعد العلامة تصنيف العبد الاقل محمد الجواد الحسيني العاملي عامله الله في دار به بلطفه الحلي والحفي امين امين . (قوله) - ﴿ كتاب الامانات وتوابعها وفيه مقاصد الاول الوديعة وفيه فصول الاول في حقيقتها ﴾ - اليد في الشرع على قسمين يد قهر وعدوان ويد امانة واستئمان (فالاولى) كيد الغاصب الظالم الاثم دون ماعداه مما ذكره جماعة من اقسام الغصب لان الدمان لا يتاني الاستئمان في غير الوديعة ومنها الوديعة اذا تعدى فيها بخيانة ونحوها او ورط او طلبها المالك فلم يخل بينه وبينها (والثانية) الى قسمين امانة مالكية وامانة شرعية والاولى ما كانت مستندة الى المالك او من مقام مقامه وقد عرفت الثانية في الروضة والكفاية بانها ما اذن في الاستيلاء عليها شرعاً ولم يادن فيها المالك وفي المذهب البارع وايضاح النافع على قسمين خاصة وعامة (فالخاصة) كل عين حصلت في يد غير مالكا باذنه او بغير اذنه ثم اخبر ولم يطلها او اقره الشارع على امساكها كالوديعة والمارية ومال الشركة والمضاربة والعين المرهونة والمستأجرة والموكل عليها والعين التي هو وصي عليها و يدخل فيها العين المقبوضة بالسوء قال في المذهب مامعناه انه زيد ما اقره الشارع على امساكها ليدخل فيه الوديعة بصد موت المودع المستنول بحجة الاسلام مع علم المستودع بعدم تنفيذ الوارث فان الشارع جعل له ولاية الاستيثار للحج في يده الى وقت الاستيثار غير مضمونة وليدخل فيه ايضاً اللقطة فانها في يد الملتقط لا باذن المالك بل الشارع اقر يده عليها للاحتفاظ ومراده ان هاتين تدخلان في تعريف الامانة الشرعية وقضيتها لا تقر بدما عليها فوجب ان يزداد ذلك لادخالها في الخاصة لمكان التوافق في الحكم قالوا (واما العامة) فهي كل عين حصلت في يد غير المالك مع عدم علمه بذلك على غير جهة التعدي كالثوب يطيره الريح الى دار اسان وكالوديعة اذا مات مالكا ولم يعلم الوارث وكالعين المأمور بدفعها الى غيره والمال الموصى بتفريقه او بدفعه الى من لا يعلم ولو كان الموصى له معيناً وعلم به كان امانة خاصة . وحكم الامانة الخاصة انه لا يجب دفعها الا مع الطلب فلو تلفت قبله

لم يضمن . وحكم العامة وجوب الدفع على الفور و يشتمل مع التأخير و يشتركان في الضمان مع المدي والتفريط انتهى كلامها (قلت) قد عد ابو علي واستبح في المبسوط والمقداد من الامانة الشرعية العين المستأجرة بعد انقضاء المدة والاكثرون على خلاف ذلك كما ينه في باب الاجارة ويدخل في الثانية . ينتزع من الغاصب او السارق حصة دون ما يستودعه اياه عند المشهور فانه عندم لقطة في وجوب التعريف والتصدق دون ائلك كما سياتي وعند جماعة انه يتصدق به فيكون مجهول المالك فيدخل فيها كما تقدم في باب الدين من ان المال المجهول المالك من الامانات الشرعية التي يجب ردها الى مالكها فوراً بالتصدق به وهو ما حصل في يدك من مالكه او من يقو مقامه ثم جهلته او كان مجهولاً لك من اول الامر كأن كنت معه في فندق او حن او قافلة ولا تعرفه وحصل في يدك او في متاعك شيء من ماله غفلة او خطأ او مهب . ومنه ان الامانة الشرعية ومجهول المالك مبيع الاستباه فيه من النعال في ازيارات والحمامات وبشبهه ما يؤخذ من احكام الظالم بما علم انه حرام ولا حرج عليه مما لا يجزي معرفته اذ قد لا يعرف صاحبه ذهابه منه ولا يعرف انه وصل الى يدك من الظالم واسارق سحلاً نعمة انعم اليها في خبر يونس حيث قال عليه السلام كبفت تعرفه ولم تعرف بلده . ومن الامانة الشرعية العامة لقطة مع ظهور المالك والهدايا والكتب المرسلة من عليها الفاضل المقداد في الكتب واحتمل العدم لانها ملك المرسل وضعفه بان العرف يقتضيه وان التبرع ان لم يقتضه فلم يقتض عدمه (ومنها) الصيد المنتزع من الحرم او من محل احده من محرم فانه يجب رده فوراً الى الحرم وهذا لا يتصور فيه الاعلاء وكذا تخليص الصيد من الجرح ليدأ به ومن الشبكة في الحرم (ومنها) ايضا مالو ظفر المقاص بعير جس حقه فهو امانة شرعية حتى يباع وهذا ايضا لا يتصور فيه الاعلاء فتأمل وما يؤخذ من الصبي والخمر من مال العير وان كسبه من قار وما يؤخذ من مالها وديعة سند خوف تلغى بديها وما يشمله منها سياتا وما بطل من الامانة المالكية بئوت المالك او حنونه او موت المؤمن او حنونه وما ادا عزل المستودع نفسه مع عدم المودع وبدونه وهذه الثلاثة ونحوها يحتاج في ادخالها في احد التعريفين الى تجزئة فتأمل فحاصل حكم الامانات الشرعية العامة انه يجب دفعها فوراً الى مالكها ان علم والا الى من قام مقامه من الفقراء او الحاكم و يبقى الكلام في مقامات (الاول) ما قبض بالمقد الفاسد من بيع و صلح ونحوهما من العقود اللازمة الموجبة لانتقال الضمان بصحتها فانه لا ريب ان اليد فيها ليست عادية سالمة فان كانت امانة مالكية كما يتوهم باديء بد كان ينبغي انه لا يجب ردها على الفور وانها لو تلفت لم يضمن مع انه يضمن قطعاً ويجب عليه اعلاؤه او ردها فوراً الى الظاهر فكانت امانة شرعية (فان قلت) انها حصلت في يده نادراً المالك (قلت) ليس كذلك لانه كان على وجه مخصوص فكانت كما لو بطلت الشركة او المضاربة والوديعة يجنون المستودع والمضارب والشريك او مونه وهذه اعني المضاربة والوديعة والوكالة والشركة ونحوه مما لا يضمن بصحيح العتد منها اذا فسد عقدها كانت امانة مالكية فكان فرق بين فساد عقدها وبين بطلانها بما ذكر ومثل المقهوض بالمقد الفاسد مالو اشترى المعصوب من الغاصب جاهلاً بالغصب ونحوه مالو دفع اليه المستودع ثوب نفسه بظن انه توبه اي المودع (الثاني) انه ذكر في التذكرة واليهذه البارع وابضاح النافع والمساكن والروضة وكذا الكفاية ان حكم الامانة الشرعية وجوب الرد والدفع على الفور كما في ما عدى الاول وفيه اسب الاول انه يجب الرد مع التمكن وقد صرح فيما يأتي من الكتاب والحواشي وجامع المقاصد ومجمع البرهان انه يجب عليه الاعلاء وهو الموافق للاصول والاعتبار لانه غير عاد غاصب واجباب النقل عليه وكونه على الفور من دون طلب المالك بل مع طلبه يحتاج الى دليل ولا نقول ان الجاهل المستودع من الغاصب او المستعري منه يجب عليه الرد وان كان ضامناً نعم قد نقول بذلك في المستعير ونحوه على تأمل لانه قد اقدم على ذلك وقد لا يكون صاحب المذهب وصاحب الايضاح مخالفين لان الدفع غير الرد و يبقى الكلام في كلام من غير بوجود الرد كالكتب الاربعة ويمكن حمله على وجوب الدفع ورفع اليد كما يصبر حون به عند قولهم يجب

وهي عقد يفيد الاستنباط في الحفظ (متن)

على المستودع ردّ الوديعة إذا طلبها المالك فتلتزم الكلفة وقد يكون القائل بوجوب الرد استند الى ما سئله من الاخبار (الثالث) انه قيد ذلك في المذهب وايضاح النافع بعدم علم المالك وقضيته انه اذا علم لا يجب عليه نقله وهو قضية الكتاب فيما يأتي والسرائر والحواشي وجامع المقاصد ومجمع البرهان وبه صرح في التذكرة في مقام اخر بل هذا المقام من لوازم المقام الثاني لكن قال في المسالك انه لا فرق عندنا بين علم المالك بانها عنده وعدمه (الرابع) قد استفجد المقدس الاردبيلي قوله بوجوب الاعلام في الامانة الشرعية وقال ان القول بوجوب الرد بل بمجوازه سيما مع كل من كان محل تأمل لانه تسليط الغير على مال الغير بنظر اذن فيمكن القول بالضمان لو تلف في الطريق من غير تقصير وكذلك الضمان مع التأخير من غير تصرف بل بمجرد وجوده في الدار بواسطة الريح ونحوه (قلت) اما وجوب الاعلام فدليلة الاخبار الواردة في طلب الاجير وصاحب الحق وقوله عليه السلام في خبر يونس تحملونه وغير ذلك من فحواي اخبار اللقطة بل قد يستدل عليه بقوله صلى الله عليه وآله على اليد ما اخذت حتى تؤدى وان كان مخصوصاً بالامانات وهذه الاخبار هي التي قلنا انها يمكن ان تكون دليل القائلين بوجوب الرد (ودلله) اي وجوب الاعلام ايضاً الاجماع والاعتبار كما سئله واستجابته (١) لانا نقول بوجوبه فدليلة بعد الاجماع عليه على الظاهر لانهم بين قائل بوجوبه وبين ناف له خاصة ان نحوى الحال يقتضي بان (٢) المالك يرضى بالبعث مع كل من كان ولهذا كان متداولاً بين المسلمين في العواري والودائع ولا يلزمون ردها مع خصوص الثقة او مع من ارسله معه الدافع على ان هذين لا يجديان في دفع الضمان ان ثبت المنع من الرد بل لابد من التسليم بدايد وفيه من المشقة والعسر ماترى واما الضمان مع التأخير فقد طفت به عباراتهم في الباب وغيره من غير نكير لان اثبات اليد على مال الغير موقوف على الاذن الا فيما اقتضته الضرورة وهو ما قبل التمكن من الاعلام والتخليط (قوله) - وهي عقد يفيد الاستنباط في الحفظ - الوديعة مشروعة بالكتاب والسنة والاجماع كافي التذكرة والمذهب البارع بل في الاخبار اجماع الامة وفي الفنية والسرائر ان ترك قبولها اولى ما لم يكن فيه ضرر على المستودع (المودع خ ل) قلت لاشبهة في رجحان قبولها مع عدم المانع ولو لم يكن هناك غيره ففي التذكرة ان الاقوى انه يجب عليه القبول لانه من المصالح العامة وبالجملة ان القبول واجب على الكفاية وفي مجمع البرهان ان ايجاب حفظ مال على اخر بلا اجرة ولا عوض يحتاج الى دليل قوي وكونه من المصالح العامة بحيث يجب على الناس كلهم ذلك غير ظاهر انتهى فتأمل فيه اذ الوديعة مبنية عندم على التبرع كما صرح به جماعة والاصل براءة الذمة فشفلها يحتاج الى دليل نعم لا مانع من اشتراط العوض والاجرة وهي في عرف الفقهاء العقد وفي عرف اللغة والعرف العام المال الموضوع عند الغير ليحفظه كما في التذكرة وغيرها وفي التحرير ان حقيقتها استنباطية في حفظ المال وانوا بالهاء لانهم ذهبوا بها الى الامانة والحاصل انها تطلق على العين وعلى العقد عليها وعلى فعل المودع وقد عرفت في النافع والمصلحة بانها استنباطية في الحفظ ولها عرف عقدها في الشرايع (وقد) يعتذر عنهما مما بان الاستنباطية تستلزم قبولها لانها لو تجردت عنه لم تؤثر فصح تمرينها وترى عقدها به لانها بمعنى او يقال انه لما كان التعريف للعقد كما هو المعلوم من مذهبها في الاولين وصريح الثاني وكان المتبرع منه الايجاب تسامح في اطلاقها عليه او يكون المراد بيان المقصود منها بالذات لان الاستنباطية في الحفظ هي المقصودة اولاً وبالذات منها فيخرج نحو الوكالة والمضاربة والاجارة لان المقصود بالذات منها غير الاستنباطية ولا ينتقض باللقطة

(١) كذا في نسختين ولا ينبغي وقوع خلل في العبارة وكان صواباً هكذا واما جواز الرد بالمضى الاصح من وجوبه واستجابته الخ فلتراجع « مصححه »

(٢) كذا في نسختين وكان الصواب يقتضي ان او يقتضي بان « مصححه »

جائزة من الطرفين ولا بد فيها من ايجاب وهو كل لفظ دال على الاستتابة باي عبارة كان وقبول فعلاً او قولاً دالاً على الرضا « متن »

اذا اراد الملتقط الحفظ خاصة لانها استتابة من المالك الحقيقي قوله - ❀ جائزة من الطرفين ❀ - كما طمعت به عباراتهم وقد حكي عليه الاجماع في التذكرة ونفي عنه الخلاف في المسالك ومجمع البرهان والكفاية بل هو ضروري (قوله) - ❀ ولا بد فيها من ايجاب وهو كل لفظ دال على الاستتابة باي عبارة ❀ - كما هو شأن العقود الجائزة فيكون فيها كل لفظ دال عليها بل التلويح والاستعطاء والاشارة المفهمة لتناوها ولا تنحصر في لغة دون أخرى كما صرح بذلك كله في التذكرة وغيرها وهل يكون الايجاب فعلاً لم اجد نصراً يحاج به الا في مجمع البرهان والكفاية والرياض وحكامه في الدروس عن التذكرة ولم اجد فيها نصراً يحاج بذلك وحكي في المسالك عن مضي اصحاب ان في قولهم لو طرح الوديعة عنده لم يلزمه حفظها ما لم يقبلها دالة على جواز كون الايجاب فعلاً. لان مفهومه انه لو قبلها لزمه حفظ المال الدال على تحقق الوديعة ولم يحصل من المالك ايجاب قولي بل مجرد الطرح وقال انه فاسد لان وجوب الحفظ المترتب على الفرض اعم من كونه بسبب الوديعة لانه قد يكون بسبب التصرف بمال الغير هذا والظاهر ان الاشارة والتلويح والكتابة (والكتابة) لا تعد من الافعال المستتابة ولا من الاقوال وباقي تحقيق الحال بحيث يرتفع الاشتباه والاشكال (قوله) - ❀ وقبول قولاً او فعلاً دالاً على الرضا ❀ - كما في الشرايع والتحرير والتذكرة وغيرها من غير خلاف في ذلك لان الفرض منه اي القبول الرضا بها وربما كان الفعل وهو قبضها اقوى من القول باعتبار التزامه به ودخوله في ضمانه لو قصر بخلاف القبول القولي فانه وان لزمه ذلك شرعاً الا انه ليس صريحاً في الالتزام من حيث انه عقد جائز فاذا فسخه ولم يكن قبضه لم يظهر اثره واليد توجب الحفظ الى ان يرد على مالكه بل التزامه بحفظها بواسطة القبض اذا لم يحصل ايجاب اولي لمعوم على اليد ما اخذت حتى تودي ولا كذلك مع تحقق الايجاب لان المستودع يصير اميناً لا يحكم بضمانه غالباً حتى لو ادعى ردها يقبل قوله لاستتبابه بخلاف اليد فانه قد لا يقبل منه دعوى التلف الا بالينة وبهذا اتضحت القوة والاولوية في عبارة الروضة لكنه قال فيها وبسبب المسالك ان فيه خروجاً عن باب العقود التي لا تتم الا بصيغة من الطرفين ومن ثم قيل انها اذن مجرد لا عقد وفرع عليه عدم اعتبار القبول القولي (وانت خبير بان الوكالة والمضاربة والمارة من العقود الجائزة ويكني فيها القبول الفعلي وقد عرفت ايضا ان الايجاب لا يشترط فيه ان يكون باللفظ الصريح بل يكتفي فيه بالاشارة والكتابة والتلويح والمعروف انها عقد فلو عزل المستودع نفسه انزل وارتفعت الوديعة وبقي المال امانة شرعية في يده يجب رده وان لم يطلبه المالك فان اخر ضمن وان كانت اذناً مجرداً لا ينمزل بالزل بل يقع لنوا كما لو اذن له في تناول طعامه فرد الاذن فان له الاكل بالاذن السابق كما ذكر ذلك في التذكرة وفي مجمع البرهان انه لم تظهر له ثمرة هذا الخلاف وذكر انه قد قيل في الثمرة انه ان كان عقداً فلا بد من كون القبول لفظاً والا فلا والله ان كان عقداً فولد المودعة وديعة والا فلا وان الصبي والمجنون لا يضمنان اذا استودعا ان كان عقداً والا ضماناً هو جيد جداً في الاول (ونقيح البحث) ان العقود الجائزة حيث يكون ايجابها وقبولها قوليين تكون عقوداً ويصح نظمها في سلك العقود التي لا تتم الا بصيغة من الطرفين ويترب عليها العزل بالانزال وغيره مما ذكر وحيث يكون ايجابها او قبولها بالاشارة او الكتابة او بالفعل كان يقول له او يكتب اليه اقرضني مائة او اعزني دابتك (دابة خل) او اودعني دراهمك او وكلني في بيع كتابك فيرسل اليه المائة او الدابة او الدراهم او الكتاب فانها من باب المعاطاة في العقود الجائزة وقد عدوا الاشارة والكتابة في باب البيع من باب المعاطاة فعد العقود الجائزة من العقود انما هو حيث يكون بصيغة من الطرفين وقولهم تصح في الاشارة والايجاب الفعلي والقبول الفعلي معناه انها تكتفي فيها المعاطاة الدالة على اباحة التصرف ويشهد لذلك كلامهم في باب المعاطاة وقولهم في العقود الجائزة ان قبولها قول او فعل مسامحة قطعاً كما نه عليه المصنف في عدة مواضع من وكالة التذكرة وصرح به في عاريتها وكما صرح به المحقق الثاني في باب الوكالة

ولا بد من صدورهما من مكلف جائز التصرف فلو استودع من صبي او مجنون ضمن الا اذا
خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان ولا يبرأ بالرد اليهما في الصورتين بل الى الولي ولا يصح ان
يستودعا فان اودعا لم يضمننا بالاھمال « متن »

والمقدس الاردبيسي في باب العارية قال ان ذلك كله مساححة ومساهلة (وعساك نقول) ان كان كاذكرت فعلا
قالوا بكفي في الايجاب ان يكون فعلا (قلت) قد قالوا في الوكالة وغيرها ان ايجابها بالكتابة والاشارة والتلويح
بل قالوا في العارية انه يكفي في ايجابها قرينة الحال كحسن الظن بصديقه وصرحوا في المقام بانه اي الايجاب
يكون فعليا ثم ان بعض اقسام الامانة الخاصة لايجاب فيها اصلا لا قولا ولا اشارة ولا تلويحا وقولهم ان
قبولها اي العقود الجائزة فعل حتى يكون المعنى ان العقد يتم به فاذا حصل الايجاب القولي والقبول الفعلي
صارت عقداً غير مراد قطعاً لان العقد تترتب ثمرته عليه ولا تكون قبله وثمره العقود الجائزة جواز
الانتفاع والتصرف بعد العقد فاذا جاز التصرف بهذا القبول الفعلي لم يكن عقداً قطعاً وان كان عقداً لم
يجز التصرف به كما هو واضح الا ان يتجشم له انه بالرضا قبله يتم العقد كما قال نحوه في الوكالة في التذكرة
او ما قالوه في البيع الضمني ونحوه مع انه لا يكاد يتم فيه بل يقع بانهم لم يريدوه وعدم تعرض الاكثر
لما حررناه لان المم في العقود الجائزة تحصيل الاذن من المالك والرضا بالتصرف بعقد او بمعاطة كما صرح
به في عارية التذكرة لكنهم اختاروا واستحبوا ضبط الايجاب فيها بالامر الظاهر الكاتشف عن المقاصد
الباطنة وهو القول والبيان المعبر عما في ضمير الانسان والافعال قاصرة عن ذلك غالباً اذ عابتها الظن ولا ينبغي
اد هومتار الاختلاف ومنشأ النزاع فلذلك تعرض الاكثر له والا فقد قال في التذكرة انه يكفي في العقود
الجائزة الظن المستفاد من العبارات والالفاظ وما يقوم مقامها بل قال لا تقتصر الى لفظ بل تكفي القرينة بخلاف
العقود اللازمة فانها موقوفة على الفاظ خاصة اعتبرها الشارع ونحن لانوافقه على الاكتفاء بالظن في جميع العقود الجائزة
فقد انفتح الحال ولم يبق بعد اليوم في المسئلة اشكال وحكي في التذكرة عن بعض الشافعية انه ان كان المودع
قد قال اودعتك وشبهه مما هو على صيغ العقود وجب القبول لفظاً وان قال احفظه او هو وديعة عندك لم يفتقر
الى لفظ يدل على القبول كما في الوكالة وفي المسالك انه كلام موجه ولم ينصح وجهه للمولى الاردبيسي وغيره بل
استظهروا انه لا فرق وكيف كان فلا تجب المقارنة بين الايجاب والقبول كما طفت به عباراتهم ونفي عنه
الخلاص في المفاتيح وتشهد له اطلاقات الاخبار والفتاوى ولولا ذلك لربما تأملنا فيما اذا كان قولياً فتأمل
(قوله) - ﴿ ولا بد من صدورهما من مكلف جائز التصرف ﴾ - هذا مما لا ريب فيه ولذلك تركه المعظم واكتفوا بما
ستمع (قوله) - ﴿ ولو استودع من صبي او مجنون ضمن ﴾ - كما في الشرايع والتذكرة والارشاد واللمعة والمسالك
والروضة والمبسوط والسرائر والتحرير غير ان في الثلثة الاحيرة الاقتصار على الصبي ولم يذكر فيها (المجنون ظ)
لانها ليسا اهلا للأذن فيكون وضع يده على مالها بغير اذن شرعية فيضمن سواء كان المال لها او لغيرهما ادعيا
الاذن في ذلك ام لا وقد اطلق الحكم بالضمان في الكتب المذكورة ما عدا التذكرة والمسالك والروضة بحيث
يشتمل ما لو علفها في ايديهما وعدمه ولعله لانه استولى على مال غيره بغير اذن والاولى التقييد بما ذكره
المصنف وغيره كما ستمع من ان ذلك اذا لم يخف تلفها في ايديهما فيقبضها بنية الحسبة ولا ضمان لانه محسن
فيكون مأذوناً من الشارع (قوله) - ﴿ الا اذا خاف تلفه فالأقرب سقوط الضمان ﴾ - كما في التذكرة وجامع المقاصد
والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية لما عرفت من انه محسن وما على المحسن من سبيل (قوله) - ﴿ ولا يبرأ بالرد
اليهما ﴾ - كما هو ظاهر وبه صرح في المبسوط والسرائر والشايع والارشاد وغيرها (قوله) - ﴿ في الصورتين ﴾ -
يعني صورتي خوف التلف وعدمه (قوله) - ﴿ بل الى الولي ﴾ - اي الخاص او العام مع تميزه (قوله) - ﴿ ولا يصح ان
يستودعا فان اودعا لم يضمننا بالاھمال ﴾ - كما هو قضية المبسوط والسرائر وصرح الشرايع والتذكرة في الخبر والباب

اما لو اكلها الصبي او اتلفها فالأقرب الضمان « متن »

والتحرير في البابين أيضاً والارشاد وجامع المقاصد في اثنا كلام له في المقام والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وبعدهم ضمانهما لو تلفت اللقطة في يدهما جزم في لقطة التذكرة وجامع المقاصد لان الضمان باعتبار اهمالهما انما يثبت حيث يجب الحفظ والوجوب لا ينطبق بهما لانه من خطاب الشرع ولا يمارضه قوله « من » على اليد ما اخذت حتى تؤدي لان على ظاهرة في وجوب الدفع او الحفظ فيكون من خطاب الشرع ايضاً فليتأمل فانه قد جعلوه في باب النصب من خطاب الوضع وقرب المصنف في لقطة الكتاب وولده ضمانهما لو تلفت اللقطة في يدهما وتعليم بان المودع سبب في اتلاف ماله حيث اودعه من لا يكلف بحفظه لعله تقريبي فان من دفع ماله الى مكلف يعلم انه يتلفه يكون متلفاً للماله مع ان قاضيه يضمنه ولعل الفرق ظاهر بالتكليف وعدمه (وليعلم) انه في حجر جامع المقاصد قال ان التفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف فلا فرق عدمه بين هذه وما يأتي وقد تقدم في باب الحجر ماله المنفع في المقام (قوله) — « اما لو اكلها الصبي او اتلفها فالأقرب الضمان » ❁ كافي المبسوط والسرائر في ظاهرهما او صريحهما وظاهر الشرايع والارشاد وصريح التذكرة والتحرير في الباب والمسالك وقيد في الحواشي وجامع المقاصد بما اذا كان مميزاً وقد قطع به اي الضمان في الثاني وقواه فيه اذا لم يكن مميزاً في الباب وفي باب الحجر الحكم بعدم الضمان في غير المميز وقرب عدم الضمان مطلقاً في حجر التذكرة والتحرير وجزم في لقطتهما ولقطة الكتاب وجامع المقاصد بالضمان (حجة الاولين) ان الاتلاف لمسال الصير سبب في ضمانه اذا وقع ميراثه والاسباب من باب خطاب الوضع يشترك فيه (فيها خ ل) الصغير والكبير (وحجة) الحواشي والجامع ان غير المميز لا قصد له وكان كالدابة وقال في الثاني ان المميز يضمن قطعاً لوجود مقتضي وانتفاء المانع اذ عدم بلوغه لا يصلح لان يكون مانعاً خصوصاً المراهق فانه كالبالغ في فعله وقصده وركون الناس اليه نعم لا يضمن بالتقصير لعدم وجوب الحفظ عليه ثم فرق بين وضع يده عدواناً فتختلف العين في يده فيضمن وبين ما اذا كان الوضع باذن المالك وتسليطه فتختلف بتقصيره في الحفظ وفيه (اولاً) ان المقتضي للضمان وهو الاتلاف موجود والمانع غير صالح للمانعة اذ القصد لا مدخل له في الضمان وعدمه كما يعلم من نظائره (سئنا) لكن قد عد قصد الصبي فلا قصد في مواضع بل عدواً جميعاً عمدته وقصده خطافي القتل (وثانياً) انك قد عرفت ان التفريط لم يقصر عن الاتلاف عنده وقد عرفت ان المالك وان كان قد عرضه للاتلاف بسبب تسليطه لكن ذلك ميركاف في سقوط الضمان لو باشره ولو بالتفريط (وثالثاً) ان ذلك كله فرع وجود دليل يدل على السببية مطلقاً ولم نجد الا قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وهو مختص بالمكلف كما تقدم ويشهد له التمر يف المشهور للحكم فان وحده ما يدل عليها كذلك فلا كلام والا فعدم الضمان هو الاشبه بالاصول والضوابط كما سمعته عن حجر التذكرة والتحرير لكن في المبسوط والسرائر وغيرهما ان الصبي والبائع في اتلاف الاموال سواء وقد قطع جماعة ذلك في عدة مواضع (منها) انهم قالوا لو اتلف المال بدون ابداع المالك ضمن قطعاً صرح بذلك في جامع المقاصد وقال ان المميز اذا اتلف يضمن قطعاً وقال في المبسوط ما يتلف في يد الصبي على ثلاثة اشياء (الاول) ما يدفع اليه باختياره ويسلطة على هلاكه واتلافه كما اذا باعه او اقرضه او وهبه فلا ضمان هنا على الصبي (الثاني) ما لم يسلطة عليه ولم يختار هلاكه كما اذا اتلف الصبي مال رجل عدواناً (الثالث) ما اذا دفعه اليه باختياره ولم يسلطة على اتلافه وهو ما اذا اودعه اياه الى آخر ما ذكره وقد يكون مستندهم الخبر المشهور على اليد ما اخذت بتوجيهه بلام ذلك لان الخبر ذو وجوه او الخبر الذي رواه المحمديون عن السكوني قال رسول الله (من) اخراج ميزاباً او كنيفاً او اوندوتدا او اوثق دابة او حفر بئراً في طريق المسلمين فاصاب شيئاً فغضب فهو له ضامن لانه يرجع بالآخر الى من عطب شيئاً فهو له ضامن (الا) ان نقول انه يفهم من سوق الخبر انه في المكلف وانه مقيد بكونه في الطريق (وقد) يجاب عن هذا الاخير بانه لا قائل بالفصل وقد تقدم تمام

ولو استودع العبد فالتلف فالأقرب انه يتبع بها بعد العتق ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه الحفظ اذا لم يقبلها وكذا لو اكراه على قبضها ولا يضمنها لو تلفت « متن »

الكلام في باب الحجر وكذا البيع هذا وفي التحرير انه لو اودع المجنون لم يضمن بالاتلاف مباشرة وتسيباً وفي الحواشي ان المجنون كالصبي خلافاً للتحرير (قلت) ولم تعرض في المبسوط لذكر المجنون اصلاً وقد ذكرنا ما في بقية الكتب المذكورة معه آنفاً (قوله) ﴿ ولو استودع العبد فالتلف فالأقرب انه يتبع به بعد العتق ﴾ اي سواء اذن المولى في قبوله الوديعة ام لا كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وهو الذي قواه في المبسوط في آخر كلامه ولا تصنى الى ما نقل عنه خلافاً لانه لا يلزم سيده ما اتلفه ولا مال له فيجب ان يتبع به اذا صار مالكاً وذلك انما يكون بعد العتق وفي التحرير ان الضمان يتعلق بكسبه اذا اذن المولى في قبوله الوديعة لان الاذن في الشيء اذن في لوازمه ومن جعلها الضمان عند الاتلاف (وفيه) ان الاذن في قبول الوديعة لا يستلزم الاذن في اتلافها ولا يستلزم ضمانها عند اتلافها والاصل وعموم ولا تزر وازرة وزر أخرى دالان على ذلك نعم اذا اذن السيد له في الاتلاف يتعلق الضمان به اذ لا ذمة للعبد هذا حكم ما اذا اتلف وما اذا قصر في الحفظ فتلفت فان كان قد قبل بدون اذن المولى فلا شيء للمالك كما في جامع المقاصد لعدم جواز قبولها وعدم وجوب الحفظ عليه وتضييع المال من المالك فتأمل وفي التذكرة والتحرير انه يتعلق بذمته يتبع به وان كان قبل باذنه ففي التحرير انه يتعلق بكسبه وفي التذكرة وجامع المقاصد انه يتعلق بذمته وهو جيد وان كان يقرط العبد من المولى ولو يمنعه من الحفظ فالضمان على المولى كما في جامع المقاصد (قوله) ﴿ ولو طرح الوديعة عنده لم يلزمه الحفظ اذا لم يقبلها ﴾ — كما في الشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد وجمع البرهان وكذا اللعنة والروضة والقبول في العبارة وما ذكر معناهم من كونه قولياً او فعلياً ويرشد اليه قولهم طرح الوديعة فان في تسميتها وديعة قرينة على ان المراد بالطرح الايداع وقد عرفت ان الايجاب يحصل بالاشارة والتلويح ثم ان القبول يقتضي سبق ايجاب فيؤذن بانه استفاد من الطرح الايجاب على انه لا ريب ان الظاهر من القبول هو القبول القولي ثم ان دعوى ان ليس المراد من طرحها لديه حفظها عنده لا تكاد نسمع بل تكون حينئذ امانة شرعية كما ستسمع فلم يتجه ما في المسالك من ان المراد بالقبول هنا القبول الفعلي خاصة لان القبول اللفظي غير كاف في تحقق الوديعة قطعاً ولم يحصل هنا بمجرد الطرح واما الفعل فقد عرفت انه يجب معه الحفظ سواء تحققت به الوديعة ام لا نظراً الى ثبوت حكم اليد وحيث يحصل القبول الفعلي هنا انما يجب حفظها لا انها تصير وديعة شرعية انتهى ونحوه ما في الروضة (وفيه) ايضاً انها اذا لم تكن وديعة تكون امانة شرعية يجب ردها في الحال على مختاره اذ وضع اليد على مال الغير على وجه شرعي بدون اذن المالك هو امانة الشرعية وما ذكر يظهر لك الحال في الوجوه الاربعة التي ذكرها في المسالك في طرح الوديعة عنده اذ من الوجوه الاربعة ان يضعها عنده ولم يحصل منه ما يدل على الاستنابة اشارة ولا تلويحاً فيقبلها فعلاً فقد قال انه يضمنها ويجب عليه حفظها الى ان يردّها للخبر فانها في هذه الصورة امانة شرعية ولا ضمان ووجوب الحفظ مع الضمان كأنه متدافع ثم ان هذا هو الذي قلنا آنفاً انه لا يكاد يسمع — ﴿ قوله ﴾ وكذا لو اكراه على قبضها ولا يضمنها لو اهمل — اي لا يلزمه الحفظ ووجه الحكمين ظاهر وبه صرح جماعة وقالوا الا ان يضع يده عليها اختياراً بعد زوال الاكراه فانه يجب عليه الحفظ بسبب اثبات اليد وهل تصير بذلك امانة شرعية او وديعة احتمالان ويمكن الفرق بين وضع اليد عليها اختياراً بنية الاستيداع وعدمه فيضمن على الثاني دون الاول اعطاء لكل واحد حكمه كما ذكر ذلك كله في المسالك والكفاية والرياض « وفيه نظر » ظاهر لانه حيث يضع يده عليها اختياراً بنية الاستيداع لا مجال لاحتمال كونها امانة شرعية لكونها باذن المالك مضافاً الى ان القبول الفعلي ان كان يتم به العقد كما اختاره هؤلاء كان كالاكراه في البيع اذا تعقبه الرضا فتكون وديعة والا كان من معاطاة الوديعة كما هو المختار وكذلك ان وضع يده لانية الاستيداع لا تكون امانة شرعية

وان اهل اموال المستودع مختار افاته يجب عليه الحفظ وتبطل بموت كل واحد منها وبمجنونه وانما هو بعزله نفسه واذا انفسخت بقيت امانة شرعية في يده فلا يقبل قوله في الرد كالثوب يطيره الريح الى داره ويجب عليه اعلام صاحبه به فان اخر متمكنا ضمن " متن "

لمكان اذن المالك ولقد اغرب صاحب ارياض وكذا صاحب المفاتيح في ارياض لو منع يده عليها مختاراً ضمن جدا لعموم الخبر وهل يصير بذلك ودعة او امانة شرعية الى اخره لانه بعد حكمه بالقبض كيف يصح له ان يحتمل انها ودعة او امانة شرعية (قوله) ❖ اموال المستودع مختار افاته يجب عليه الحفظ ❖ كما صرح به عباراتهم وفي مجمع البرهان الظاهر انه لا حلال فيه اقلت (والحق يحكم به لان ترك الحفظ اساعة لمال من استأمنه على حفظه وعول في ذلك عليه اسراح ايه وهو قبيح مع ان اساعة المال مطلقاً قيعة وايضا فانه وفاء بمقتضى العقد الجائز وايتان بالشرط وقضية السلاى الفتوى فاضية انه متى قبل وجب عليه الحفظ سواء وجب عليه القبول عيناً او كفاية او استحباباً او حرم عليه كما دا حرم عليه القبول لكونه لا يتق من نفسه وقد قبل فوجب الحفظ حينئذ هو وامان كان حرمه في نفسه او غيره فانه يجب عليه ردها ولو ابقاها وفعل حراماً وجب عليه حفظها ولا يضمها كلاماً في التسمية والناصب كما اذا عرض الخوف بعد قبولها وبقائها عنده (نعم) قد يتأمل في العاجز وبذلك يدير في المسالك والمراد انه يجب عليه الحفظ مادام مستودعاً لان ذلك مقتضى التعليق على الوصف والا فان ودعة يجوز ردها في كل وقت وذلك يساي وحوب الحفظ (قولك) غاية ما يبرض ان يفسخ فيها في الحال ومع ذلك يجب عليه حفظها الى ان يردّها الى مالكها فقد صدق وحوب الحفظ على كل حال في الجملة احوالاً انه قد لا يتحقق وجوب الحفظ فيها كما اذا كان المستودع ماصحاً له مقيماً معه بحيث لا يتوقف الرد على زمان او نقول ان الواجب احد الامرين اما الحفظ او الرد على المالك فالحفظ واجب بخبر يصح اصلاق الوجوب عليه بقول مطلق وقد تقدم الكلام في انه هل يستحق عليه اجرة ام لا (قوله) ❖ وتبطل بموت كل واحد ومجنونه وانما هو بعزله نفسه ❖ كما هو الشأن في العقود الجائزة والامر فيه واضح ولذلك تركه الاكثر فتبطل بالاربعة المذكورة فاذا اتفق احد الثلاثة في المودع وجب ردها الى وارثه او وليه او الاعلام على اختلاف الرايين كما تقدم ومع عدم العلم بالخصار الاربعة في الوارث الظاهر فظاهر كلام بعضهم وصريح المسالك عدم وجوب الرد بل عدم الجواز والظاهر وجوبه او حوازه اذ الاصل عدم وارث آخر مع العلم باستحقاق الموقوف ولا يعارضه اصل عدم استحقاقه للكل لا لخلاله الى اصل وجود بخلاف الاول فانه عدم محض والظاهر عدم وجود المانع فكان الاصل الاول معتقداً " فظاهر وان شئت قلت المقتضي موجود والظاهر عدم وجود المانع نعم لا يجوز مع الشك في كونه الوارث فتأمل ذلك لتعرب حال في المسالك وان اتفق احد الاربعة في المستودع وجب عليه ردها اليه في صورة الفسخ او اعلامه بذلك ولي وليه في صورة الجنون والاعما وكى وارثه في صورة الموت او الاعلاء وبقي هنا شيء وهي كما انها تبطل بهذه الاشياء تبطل باسباب الضمان جميعاً السنة او السبعة قطعاً كما صرحوا به جميعاً فينبغي ملاحظة التوجيه (قوله) ❖ واذا انفسخت بقيت امانة شرعية في يده فلا يقبل قوله في الرد كالثوب يطيره الريح الى داره ويجب عليه اعلام صاحبه به فان اخر متمكنا ضمن ❖ - قد تقدم الكلام في اول الباب في ان الواجب في الامانة الشرعية هو الرد والدفع او الاعلام (واما) لكونه فوراً فلا انه دخل تحت يده بعين اذن المالك فيقتصر في الحكم بيني وبين والاثم على مقدار الضرورة وحكي الشهيد عن الفخر انه لا يضمن اذا اخر متمكناً الا مع التصرف (واما) انه لا يضمن اذا لم يتمكن من الاعلام فوراً فلا انه غير غائب وقد دخل تحت يده بعين سعيه اه بطريق احسان فامتنع كونه ضامناً وسيشكل انصاف في وجوب الاعلام في فصل الاحكام

(الفصل الثاني) في موجبات الضمان وينظمها شيء واحد وهو التقصير واسبابه ستة (الأول)
الانتفاع فلو لبس الثوب او ركب الدابة ضمن الا ان يركب لدفع الجموح عند السقي او يلبس
لدفع الدود عند الحر « متن »

﴿ الفصل الثاني ﴾

« في موجبات الضمان »

(قوله) - ﴿ وينظمها شيء واحد وهو التقصير ﴾ - الوديعه تستنبع امرين الضمان عند التلف والرد عند
البقاء لكن الضمان لا يجب على الاطلاق بل انما يجب عند وجود احد اسبابه وينظمها شيء واحد وهو
التقصير ولو انتفى التقصير فلا ضمان بالاجماع قال في التذكرة ان عدم الضمان حينئذ منقول عن امير المؤمنين
عليه السلام وعن ابي بكر وعمر وابن مسعود وجابر ولم يظهر لم يخالف فكان اجماعاً (قوله) - ﴿ واسبابه ستة
الاول الانتفاع فلو لبس الثوب او ركب الدابة ضمن الا ان يركب لدفع الجموح عند السقي او يلبس لدفع
الدود عند الحر ﴾ - اذا استودعه دابة فركبها او ثوباً فلبسه او جارية فاستخدمها او كتاباً فنظر فيه او نسخ
منه او خاتماً فوضعه في اصبعه للترزين لا للحفظ فكل ذلك وما اشبهه خيانة توجب التضمين عند فقها الاسلام
لا نعلم فيه خلافاً كما في التذكرة وقال هذا اذا انتفى السبب المبيح للاستعمال اما اذا وجد السبب المبيح للاستعمال
لم يجب الضمان وذلك انه يلبس الثوب الصوف الذي يفسده الدود للحفظ فان مثل هذه الثياب يجب على المستودع
نشرها وتعرضها للريح بل يجب لبسها اذا لم يندفع الا يان يلبسها ويبقى فيها رائحة الا دمي ولو لم يفعل ففسدت
كان عليه الضمان سواء اذن المالك او سكت ولو احتاج حفظ الدابة المستودعة الى ان يركبها المستودع اما
ليخرج بها الى السقي او الرعي وكانت لا تنقاد الا بالركوب فلا ضمان ولو كانت تنقاد بغير ركوب فركب ضمن
الا مع عجزه عن سقيها ورعيها بدون ركوب فانه يجوز ولا يضمن (وينبغي التنبيه على شيء آخر وهو ان
قضية هذا الاجماع المحكي عن فقهاء الاسلام ان مخالفة المالك في مثل ذلك من حيث هي موجبة للضمان وسبب
فيه كما هو قضية اجماع الآخر قال في التذكرة اذا صارت الوديعه مضمونة على المستودع اما بنقل الوديعه
واخراجها من الحرز او باستعمالها كركوب الدابة ولبس الثوب او بغيرها من اسباب الضمان ثم انه ترك الخليفة
ورد الوديعه الى مكانها وخلق الثوب لم يبرأ بذلك عنه علماً انما اجمع ولم يزل عنه الضمان ولم تعد امانته الى غير
ذلك من المواضع الكثيرة من التذكرة وغيرها كما يأتي في مطاوي مباحث الباب وقال في التذكرة يجب على
المستودع اعتماد ما امره المالك في كيفية الحفظ فاذا امره بالحفظ على وجه مخصوص فعُدل عنه الى وجه آخر
وتلفت الوديعه فان كان التلف بسبب الجهة المعدول اليها ضمن وكانت المخالفة نقصيراً ولو حصل التلف بسبب
آخر فلا ضمان وهذا يدل على ان مجرد المخالفة ليست سبباً للضمان بل هي مع التلف بسببها وقد يستدل عليه
كما في مجمع البرهان بالاصل والآية والاخبار الكثيرة الدالة على عدم الضمان بالكلية كما ستسمع خرج عنه
ما تحقق فيه التلف بسبب المخالفة لدليله وبقي الباقي وبانه ماتلف بسبب المخالفة فلامنى لتضمينه ومجرد مخالفته
التي لا تجوز اذا لم تؤد الى التلف لا يحكم العقل بسببها للضمان وليس في النقل ما يدل على ذلك صريحاً ولكن
ذلك لا يقاوم الاجماعين المتقدمين بل العلم بالاجماع يحصل للنتيج كلام القوم في الباب والاصل في ذلك
اطباقهم كما يأتي على بطلان الوديعه وانه صار غاصباً خائناً فكان موافقاً للقواعد وبقي على القول بالمعاطة
عدم البطلان الا ان يقال ان ابا حنيفة على نحو عقدها فتكون مخصوصة بعدم اتعدي والتفريط وقد يمكن الجمع
بين الكلامين اذخير والاجماع الاول بانه في الاول وضع يده على الدابة والخاتم والثوب مثلاً بغير وجه شرعي
حيث ركب ولبس فكان ضامناً حتى يتجدد له الاستيداع من المالك بخلاف الصورة الاخيرة فانه فيها انما

وكذا يضمن لو اخرج الدرهم من كيسها لينتفع بها وان كان الكيس ملكه واعادها اليه ولو نوى
الاخذ للانتفاع ولم يأخذ لم يضمن بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية لان سبب امانته مجرد
النية وكذا لو جدد الامساك لنفسه « متن »

قصر في الحفظ لكنه ان تم لا يتم في الاجماع الثاني ولا في غيره من العهارات كقولهم ان اسباب الضمان ستة
او سبعة ينظمها شيء واحد وهو التقصير في الحفظ مع عدم منها اي اسباب الضمان الخالفة وتعليمهم له بحالته
المالك ونبيه له عن ذلك ولا يتعه حينئذ توجيهها اذا لم ير انه احوط وحرز (قوله) ❀ وكذا يضمن لو اخرج
الدرهم من كيسها لينتفع به وان كان الكيس ملكه ثم اعادها اليه ❀ - لانه صار بحكم الضابط فيستصحب
حكم الضمان الى ان يحصل من المالك ما يقتضي زواله وظاهر المبسوط الاجماع على ذلك قال واذا اخرجها من
حرزها ثم ردها الى مكانها فانه عندنا يضمن بكل حال وقال في التذكرة اذا صارت الوديعة مضمونة على المستودع
اما بنقل الوديعة او اخراجها من الحرز او استعمالها كركوب الدابة ولبس الثوب وغيرها من اسباب الضمان ثم
انه ترك الخيانة ورد الوديعة لم يبرأ بذلك عند علمائنا اجمع ولم يزل عنه الضمان ولم تعد امانته انتهى (قوله)
❀ ولو نوى الاخذ للانتفاع ولم يأخذ لم يضمن ❀ = كافي المبسوط والشرائع والتحريم وجامع المقاصد وظاهر
المبسوط الاجماع عليه حيث قال وان عزم على ان يتعدى فيها لا يضمن عندنا وقال قوم شذوا انه يضمن
بالنية انتهى لانه لم يترتب على قصده الخيانة قول ولا فعل وكذا لو نوى الاستعمال ولم يستعمل وفي التحريم
ان فيه احتمالاً ضعيفاً وفي التذكرة في الضمان اشكال مما ذكر ومن انه تمسك بها بحكم نية كالملتقط كما تسمع
والمراد انه نوى الاخذ من الوديعة بعد اخذها بنية الحفظ ليفرق بينه وبين ما يأتي مما اذا نوى باخذها من اول
الامر من المالك الانتفاع بها (و بقي شيء) او هو انه قال في غصب الكتاب ان المودع اذا جدد الوديعة وعزم على
المنع فهو من وقت الجعود والمنع غاصب وهو يخالف ما هنا واجاب عنه الشهيد بالفرق بين قصد الخيانة للانتفاع
وبين العزم على منع المالك منها فانه وضم (اثبت خ ل) يده حينئذ لنفسه فلا يكون نائباً عن المالك بل يكون ائماً بغير
حق فيكون غاصباً وانت خير بان قوله او عزم على المنع هو بمعنى (معنى خ ل) قوله ولو جدد الامساك لنفسه
فلا تنافي بين فتاواه في البابين كما يأتي في باب الغصب (قوله) ❀ بخلاف الملتقط الضامن بمجرد النية لان
سبب امانته النية ❀ لان امانته اثبتت بمجرد نية الاخذ للتعريف اذ لا استئذان من المالك ولا ممن يقوم
مقامه واحداث نية الاخذ من قصد الخيانة وضمائه صريح في المبسوط والتحريم والتذكرة وغيرها وبذكرونه
في باب القطة مستلماً بخلاف الوديعة فان الاستئذان من المالك فلا يزول بدون مخالفته ولا يتحقق الا بفعل ما
ينافي الحفظ وهو التصرف ولم يحصل ولم يحدث فعلاً من قصد الخيانة كما سمعت وليعلم ان الملتقط لا تعود امانته
لوعاد الى نيتها عملاً بالاستصحاب لكن ذلك لا يخل بتعريفه ولا بتملكه بعد الحول لكننا نقول انه يجوز
انتزاعها منه للحاكم بل لغيره وتعريفها ان لم يكن عرفها والبناء على تعريفها عرفاً تاملاً جيداً (قوله) ❀ وكذا
لو جدد الامساك لنفسه ❀ = اي يضمن فيكون معطوفاً على قوله لو اخرج الدرهم ووقع قوله ولو نوى الاخذ
موقع الاعتراض ومعنى تجديده الامساك لنفسه انه نوى عدم الرد (وجه الضمان) انه اذا نوى ان لا يرد صار
مسكاً لنفسه فيكون متصرفاً تصرفاً متافياً للحفظ ويفرق بينه وبين ما اذا نوى الاخذ للانتفاع ولم يأخذ انه
حينئذ لا يصير مسكاً لنفسه وفيه تأمل ولعل الاصل فيه الاجماع ان ثبت والا فقتضي النظر ان لا يضمن
فيهما او يضمن فيهما وقد فصل فيما نحن فيه فيقال بعدم الضمان فيها اذا نوى ان لا يرد ولم يطالب المالك
و بشيئيه اذا طالب ولا يمكن ان يكون معطوفاً على قوله ولو نوى الاخذ حتى يكون المراد انه لا يضمن في

او نوى بالاخذ من المالك الانتفاع وكذا لو اخرج الدابة من حرزها للانتفاع وان لم ينتفع ولا تعود امانته لو ترك الحيانة فلورد الوديعة الى الحرز لم يزل الضمان مالم يجرى الاستيمان «متن»

المستثنى وانهما من واد واحد ويكون المراد ان ذلك اذا لم يطالب المالك لانه ينافيه ما عطف عليه (قوله) - ﴿او نوى بالاخذ من المالك الانتفاع﴾ - اي يضمن لو اخذ الوديعة من اول الامر من المالك لى قصد الحيانة لانه ليس بأمين لانه لم يقبض على سبيل الامانة وبفرق بينه وبين ما اذا نوى الاخذ ولم يأخذ لان احداث الاخذ هنا من قصد الحيانة (قوله) - ﴿وكذا لو اخرج الدابة من حرزها للانتفاع وان لم ينتفع﴾ - كما في المبسوط وغيره واجماع التذكرة المتقدم آتفاً يتناوله وقد يظهر ذلك من المبسوط حيث حكى عن قوم من العامة انه لا يضمن بنفس الاخراج وانما يضمن بالانتفاع والاستعمال وظاهره انه لا يخالف سوام (قوله) - ﴿ولا تعود امانته لو ترك الحيانة﴾ - كما صرح به جماعة وهو قضية كلام آخرين وقد يقال ان اجماع التذكرة يتناوله لانه ضمن بعدوان فوجب ان يبطل الاستيمان كما لو جردها ثم اقر بها وهذا فيما اذا كانت بمقدار اذا كانت معاطاة فان امانته تعود الا ان نقول ان ابحاثها على نحو عقدها كما تقدم (قوله) - ﴿فلورد الوديعة الى الحرز لم يزل الضمان مالم يجرى الاستيمان﴾ - اجماعاً على الحكم بالضمان عند عدم تجديد الاستيمان كما في التذكرة كما سمعته آتفاً وظاهر المبسوط والغنية واجماعاً فيها اي في التذكرة ايضاً على زواله اي الضمان وعوده امينا اذا اعادها اليه ثم جدد له الاستيمان ولم يحك الخلاف في الاول الا عن ابي حنيفة قال لانه مأمور بالحفظ في جميع الاوقات فاذا خالف في جهة منها ثم رجع وعاد الى الحفظ كان ممسكاً على الوجه المأمور به اي كان ممسكاً بامر صاحبها وينقض عليه بما اذا جردها ثم اقر بها وبما اذا رد السارق السرقة الى موضعها وبالحكم المذكور هنا صرح في المبسوط والخلاف وغيرهما فقد ظهر ان لا خلاف بين المسلمين في تحقق الاستيمان بان يدفعها الى المالك ثم يعيدها اليه امانة وقد سمعت دعوى الاجماع على ذلك بل لا شبهة فيه كما في المسالك ويتحقق ايضاً بان يجده له من غير ان يدفعها اليه بان يقول له اذنت لك في حفظها او اودعتك اياها او اسأمتك عليها ونحو ذلك كما في المبسوط والغنية والسرائر والشرايع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان الضمان انما كان لحق المالك وقد رضي بسقوطه باحداثه ما يقتضي الامانة ويمكن بناء ذلك على ان الغاصب اذا استودع هل يزول عنه الضمان ام لا وقد تقدم لنا في باب الرهن ان زوال الضمان في ايداع الغاصب مختار جماعة كثيرين بل استظهرنا انه ليس محل خلاف وفي الوسيلة فيل نحن فيه انه لا يزول الا بالرد وهو شاذ على الظاهر واستشكل في المسالك والكفاية لعدم المتافاة بين الوديعة والضمان مع عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي (وفيه) انه قد اقام يده مقام يده وجعله وكيلاً في حفظها وقبضه لمصلحته فكان المال بمنزلة ما اذا كان في يد المالك فلا ضمان بخلاف الرهن ونحوه والخبر نقول بموجبه لان الاداء يتحقق باستنابه المالك اياه فتصير يده كيده ويتحقق الاستيمان ايضاً والبرائة من الضمان بان يبرئه من الضمان كأن يقول له ابرئتك من ضمانها ونحو ذلك كما في التذكرة وجامع المقاصد وما يأتي في الكتاب في فصل الاحكام ولا يتاني ما هنا بهذا التقرير كما يستعرف ويبرأ من الضمان بذلك كما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والشرايع والتحرير والتبصرة وهما متلازمان لان الضمان كان لحق المالك وقد اسقطه كما لو حفر بئراً في ملك غيره عدواناً ثم ابرئه المالك من ضمان الحفر لكنه في ديات التحرير تأمل سيف هذا التنظير نعم قالوا لورضي بالبر بعد الحفر العدواني سقط الضمان والمصنف في رهن الكتاب وولده والتهديد وابن سعيد والكركي قالوا انه لو ابرء الغاصب عن ضمان النصب لم يبرأ ولا تصير يده يد امانة لان معنى الضمان ان العين لو تلفت وجب عليه بدلها والحال انها الآن لم تلف فيكون الابرء مما لم يجب (واجب) من قبل الشيخ في المبسوط والمحقق

ولو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن ولو اتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي كما لو قطع يد العبد او بعض الثوب « متن »

في الشرايع والمصنف في التحرير بان الضمان المسبب عن التعدي معناه حمل ذمة الودعي متعلقة بالمالك على وجه يلزمه بدل المال له كى تقدير تلفه ولزوم البدل ثمرة الضمان وفائدته لانفسه والساقط بالابراء هو الاول لا الثاني (ويدئ) كى ان المراد من الضمان هو المعنى الاول انه يحكمون عليه به بمجرد العدوان فيقولون صار ضامنا ولو فعل كذا ضمن ونحو ذلك مع ان لزوم البدل له يحصل بذلك وانما حصل قبول ذمته له وهذا معنى يمكن زواله ببراءة واما نفس البدل فلا يعبر عنه بالضمان والبراءة اذا تعلق به فانما تكون من نفس المال لامن الضمان الثابت بالعدوان وقد يقال انه يتجه سبب قوله في الرهن انتفاء الابراء والبراءة فيما اذا جدد له الاستيلاء وهي في يده لانها ادون من التصريح بالابراء الا ان نقول المقصود سبب لزوال الضمان هناك كونه امانة وهو سبب خر غير الابراء ولا يمتنع امكان احد السببين وامتناع الآخر ونحوه ابراء المالك المستعير للدرهم والمشروط عليه الضمان والقابض بالسوم والشراء الفاسد وتام الكلام في باب الرهن (وليعلم) ان المصنف قال فيما ياتي في فصل الاحكام ولا يبرء المقرط بالرد الى الحرز بل الى المالك او ببراءته وقد قال في جامع المقاصد ان ظاهره يخالف ما هنا لانه قد يتك في ان الابراء من الضمان موجب لتجديد الاستيلاء وبما ذكرناه من التلازم وحكيته عن الجماعة نندفع المخالفة الظاهرة بل هو في المقام قوى تجديد الاستيلاء بذلك كما حكيته عنه نعم هناك مخالفة من جهة اخرى وهو ان مفهوم اللقب في عباراتهم حجة وقضية ما هناك الحصر في الامرين فتأمل = * قوله ولو مزجها بماله بحيث لا يتميز ضمن * كما في المبسوط والسرائر والشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد والمهمة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وفي مجمع البرهان كانه بالاختلاف فيه وهو كذلك الا من مالك حيث يخلطها بالسواوي او الاجود فانه لا يضمن عنده ولا فرق عندنا بين ان يخلطها بمثلها او ارفع منها او ادون كما صرح به في المبسوط والسرائر والتذكرة وغيرها لاشتراك الجميع في العدوان الثاني من التصرف الغير المشروع وتعييبها بالمزج المفضي للشركة التي هي عيب اذ لا اقل من ان تفصي الى المعاوضة الى بعض ماله عند القسمة بغير رضاه ولا فرق بين ان يمزجها بماله او مال غيره بل لو مزج احدى الوديعتين بالآخرى ضمنهما معاً وان كانا لواحد ومثله خلطها بمال المالك غير مودع عنده للتعدي في الجميع ويمكن ان يكون الضمير في ماله عائداً للمودع والمستودع الا ان في عوده الى احدهما اختلالاً الآخر ويحتاج الى تكلف في عوده اليهما لكن الظاهر عوده الى المستودع كما ذكرنا اولاً لانه سبب خلطه بمال المودع (وفي) التذكرة ان المزج بغير الاختيار قاض بالضمان (وفيه) انه ليس تصرفاً غير مشروع ولا تقصير في الحفظ وسبب عدم الضمان في مثله الا ان يكون اراد انه سقط من يده بغير اختياره وقضية كلام جماعة لمكان التقييد بعدم التمييز كما هو صريح آخرين انه لو تمزج المالا لا يضمن والحكم به كذلك ان لم يستلزم المزج تصرفاً آخر غير المزج منهياً عنه كما لو كان المال في كبس محتوي ونحو ذلك فلا ضمان على تقدير الامتياز من حيث المزج (قوله) = * ولو اتلف بعض الوديعة المتصل ضمن الباقي كما لو قطع يد العبد بعض الثوب * كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد لانه قد خان وتصرف في المجموع فيضمنه والمراد ان ذلك كان عمداً واما اذا وقع خطأ فانه يضمن التالف خاصة كما في التذكرة والحواشي وجامع المقاصد فيضمن المائلة ارض جنابة قطع اليد ويضمن هوارش قطع الثوب لان الباقي مملوك للمودع ولم يتحقق من المستودع خروج عن مقتضى الحفظ اذا لا تلاف خطأ انما يكون غلظه ثوبه او بصدوره عن غير قصد ونحو ذلك ولبوت الضمان

ولو كان منفصلاً أو المودع مخطئاً ضمنه خاصة كما لو أخرج بعض الدراهم فإن أعادها بعينها ومزجها فكذلك ولو أعاد مثلها ومزجها ضمن الجميع وكذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم « متن »

عليه في التالف ليس بخيانتة بل لجنايته لأن الائتلاف موجب للضمان عمداً وخطأً نعم لو سرت الجناية على العبد ضمن هو بل العاقلة وإن كان مخطئاً لثبوت الائتلاف بفعله وجمع بين مثالي العبد والثوب لينبه على عدم الفرق بين ما يكون لمقطوعه قيمة بعد القطع وما لا قيمة له كذلك وهذا من بناء على أن الجناية على العبد خطأ كالجناية على الحر (قوله) =* ولو كان منفصلاً أو المودع مخطئاً ضمنه خاصة كما لو أخرج بعض الدراهم =* أما ضمناه المنفصل خاصة إذا اتلفه فقد صرح به في المبسوط وغيره في عنوان آخر وفي هذا العنوان في التحري والوجه فيه ظاهر سواء كان الائتلاف عمداً أو خطأً لأن التصرف مع العدوان أو بدونه إنما وقع فيه فلا يتمدى وإن كان الإبداء دفعة واحدة ويريد الخطأ أنه لم يتعد ولم يخن (وقد يتأمل فيما إذا دفع له مائة دينار دفعة فإن العرف قد يحكم بانها وديعة واحدة كالمتصل فكانت الصور أربعة لأن الائتلاف إما عمداً أو خطأً وعلى التقديرين إما لبعض متصل أو لبعض منفصل وقوله خاصة يتعلق بصور ثلث وهو ما إذا كان البعض المتلف منفصلاً عمداً أو خطأً أو متصلاً خطأً ولعل ما كان مثل الدبس والدهن من المثلي يلحق بالمتصل والمصنف مثل بالقيمين (قوله) =* فإن أعادها بعينها ومزجها فكذلك =* أي يضمن ذلك البعض خاصة كما لو كان منفصلاً فإن كان المعاد متميزاً فلا خلاف في أنه لا يضمن البقية كما في المبسوط ومراده في الخلاف بين المسلمين وكذلك إن كان غير متميز على الأصح كما في المبسوط أيضاً والسرائر والتذكرة والتحري والارشاد لأنه وإن خلط مضموناً بغير مضمون فهو مأذون فيه لأن رب المال رضي بأن يكون ذلك مع الباقي ويحتمل أنه يضمن الباقي لأنه بخلطه قد تصرف وهو أحد وجهي الشافعية لكن ظاهر التذكرة كما فهمه منها في مجمع البرهان أنه لا خلاف عندنا في عدم ضمان الباقي الغير المتصرف فيه ولعلمهم استندوا فيه إلى العرف وتظهر الثمرة فيما إذا كان الكل عشرة وأخذ واحداً ورده وتلفت أي العشرة فإنه لم يلزمه إلا درهم واحد عندنا وقال في التذكرة ولو تلف منها خمسة لم يلزمه إلا نصف واحد وقد يقال الأصل عدم تلف المضمون معتصداً بأصالة البرائة فلا يمارضه أصل عدم تلف غيره ثم أنه من المعلوم أن المضمون إما أن يكون تلف كله أو بقي بتمامه فالتصنيف في محل التأمل إلا أن يقال إن تصادم الأصول كتصادم دعاوى (قوله) =* ولو أعاد مثلها ومزجها ضمن الجميع =* إذا كان المثل المردود غير متميز كما في المبسوط والسرائر والشرايع والتذكرة والتحري وجامع المقاصد لأنه خلط مال غيره بغير إذن مالكة كما لو كان مقارفاً فخلط مال القراض بمال من غيره فإنه يضمن مال القراض كله والفرق بين أعادته بعينه وإعادة مثله أنه قد حصل في الثاني عيب الشركة لأن المثل وإن وجب على المستودع إلا أنه لا يملكه المودع إلا أن يقبضه هو أو وكيله فهو باق على ملك المستودع فتتحقق الشركة بخلطه وفي الأول إنما خلط مال المالك بما لا يضمن سوى ما تصرف فيه وأما إذا كان المثل المردود مميزاً فإنه إنما يضمنه خاصة ولا يضمن الباقي كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والتحري (قوله) =* وكذا يضمن الجميع لو فتح الكيس المختوم =* كما في المبسوط والسرائر والشرايع والتحري والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمساك لأن فض الختم تصرف غير مأذون فيه لا من المالك ولا من الشارع ولما فيه من الهتك ومثله الصندوق لمقتل وكذا ما أشبه الختم مما يدل على قصد المالك للاخفاء به كالربط والشد لا ما يقصد به مجرد المنع من الانتشار كما في الحيط والربط الذي يقصد به شد رأس كيس الثياب والزرمة منها كما في التذكرة والمساك قال في التذكرة لو حل الحيط الذي شدد به رأس الكيس لم يضمن وإن فعل ذلك للاخذ (قلت) والفرق بين الأمرين القرائن وهو يخالف إطلاق الكتاب فيما يأتي وصرح جامع المقاصد حيث قال إن الفرق بين ما يقصد به المنع من الانتشار

سواء اخذ منه شيئاً اولاً بخلاف مالو ختمه هو ولو مزج الوديعتين بحيث لا مائز ضمن الجميع وان اتحد المالك ولو مزج باذن احدهما ضمن الأخرى ولو مزج غيره ضمنهما المازج والشد كالختم ان كان من المالك ضمن اذا حله بنفس الحل وان لم يتصرف والا ضمن بالاخذ « متن »

وما يقصد به الكتان غير ظاهر قال والمعتد الضمان لمكان التصرف والعتك انتهى وقد عزفت ان الفارق بين الموضوعين والحكمتين القرائن فحيث يصون الشد للانتشار لا هنك ولا تصرف وفي حكم الختم والقفل الدفن كما في التذكرة ايضاً ولا فرق في فتح الختم والقفل بين ان يأخذ شيئاً من الكيس ام لا كما صرح به في اكثر ما ذكر من الكتب المتقدمة وهو قضية اطلاق ما بي ولا في الختم بين ان يكون مشتملاً على علامة للمالك ام لا وقال في مجمع البرهان لا ضمان في شيء من ذلك للاصل وعدم التصرف والتقصير في الحفظ ولم يثبت كون هنك الحرز موجباً للضمان ولا بد له من دليل انتهى فتأمل ونبه بقوله الكيس المختوم على ان المراد ختم المالك فلو كان من المستودع لم يضمن كما صرح به بعد ذلك اذا هنك في ذلك ولا نقصان عما فعله المالك هذا اذا لم يكن الختم باسم المالك بعد الاستيداع او لم يكن من المستودع قبل الاستيداع مطلقاً فانه يمكن الحاقه بختم المالك كما في حواشي الكتاب وحيث يضمن يكون ضماناً للمعروف كما هو صريح كلامهم وفي ضمانه للظرف وجريان واستتداع في التذكرة عدمه لانه لم يقصد الخيانة في الظرف (وفيه) ان قصد الخيانة لا دخل له في الضمان والمدار على التصرف المتعي عنه فكل تصرف غير الحفظ غير معتاد منعي عنه قاض بالضمان كما افصح به اجماع التذكرة الذميمة سمعته فيما تقدم وهو قضية الاصل وينبغي ان يكون هو الاصل في الباب فيضمن حتى في الكيس الذي ختمه هو وقمعه لا للحفظ الا ان يقال ان ذلك مما يتبادر الوديعون كنفقها من مكان الى آخر كما يأتي في ضابط الحفظ وقد استشكل فيها فيما اذا عد الدراهم الغير المختومة او وزنها او ذرع الثوب من انه تصرف في الوديعة ومن انه لم يقصد الخيانة انتهى فتأمل وفي المبسوط والتذكرة والتحرير يلو خرق الكيس فان كان الخرق تحت موضع الختم فهو كفص الختم وان كان فوقه لم يضمن الا نقصان الخرق فتأمل فيه ايضاً (قوله) ﴿ سواء اخذته شيئاً اولاً بخلاف مالو ختمه هو ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك كله (قوله) ﴿ ولو مزج الوديعتين بحيث لا مائز ضمن الجميع وان اتحد المالك ﴾ كما في التذكرة ولم يقيد في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد ومجمع البرهان المزج هنا بكونه على وجه لا يتميز احد المالين عن الآخر ارادة لتعميم الحكم بالضمان بمطلق المزج لاستلزامه التصرف في المالين بعير اذن المالك حيث اقتضى اخراج احدهما من كبسه وصبه على الآخر وهو الموافق لما اصلناه وقالوا في توجيهه وقد يتعلق غرض المالك الواحد بعدم المزج ولا حاجة اليه بعد الاصل وقد يقال انه انما يضمن المخرج من كبسه واما الآخر فان كان مختوماً ضمنه والا فلا مع بقاء التمييز لانه لم يحدث فيه تصرفاً ممنوعاً منه فينتجه ما في الكتاب فليشامل ولا تنفل عما تقدم وقد يكون عدم التقييد في المبسوط وما ذكر معه لكون المزج في الغالب يواد منه عدم التمييز او لانهم استدلوا بذلك فتلتم الكلمة لكن ظاهر جامع المقاصد او صريحه الضمان مطلقاً ولا فرق بين كون الكيسين معاً وديعة او احدهما امانة غير وديعة او غصباً وهذا كله اذا كان الكيسان للمستودع اما اذا تعدد المالك فلا بحث كما في جامع المقاصد لمكان عيب الشركة اما لو كان الكيسان اي الظرفان للمستودع فلا ضمان مع بقاء التمييز لانه له نقل الوديعة من محل الى غيره وله تفريق ملكه ولا يضمن عليه الحفظ فيما وضع فيه اولاً كما هو المعتاد الشائع في الدوائع الا ان يبينه المالك بخصوصه لحفظه او ينهاه عن نقله كما يأتي (قوله) ﴿ ولو مزج باذن احدهما ضمن الاخرى ﴾ الوجه فيه واضح ولا يكون الا فيما اذا تعدد المالك (قوله) ﴿ ولو مزج غيره ضمن المازج ﴾ دون المستودع ولا تزر وازرة وزر اخرى (قوله) ﴿ والتد كالختم ان كان

ولو اذن له المالك في اخذ البعض ولم ياذن في رد البديل فردوه ومزجه ضمن الجميع (الثاني الابداع
فلو اودعها عند زوجته او ولده او عبده او اجنبي وان كان ثقة من غير ضرورة ولا اذن ضمن وكذا
لو سافر بها مختاراً مع امن الطريق اما لو سافر بها مع خوف تلفها مع الاقامة فانه لا يضمن « متن »

من المالك ضمن اذا حله بنفس الحل وان لم يتصرف والا ضمن بالاخذ ❀ اي وان لم يكن من المالك
ضمن بالاخذ لا بنفس الحل وقد تقدم الكلام في ذلك كله آنفاً (قوله) ❀ ولو اذن له المالك في اخذ البعض
ولم ياذن في رد البديل فردوه ومزجه ضمن الجميع اي حيث لا مآثر لانه تصرف في الوديعة تصرفاً غير مشروع
وعيبها بالمزج فان الشركة عيب ويحيي احتمال الضمان مع المآثر كما تقدم بيانه (قوله) ❀ الثاني الابداع
فلو اودعها عند زوجته او ولده او عبده او اجنبي وان كان ثقة من غير ضرورة ولا اذن ضمن ❀ قال
في التذكرة فان اودعها (اودع خ ل) من غير عذر ضمن اجماعاً لان المالك لم يرض يد غيره وامانته ولا
فرق بين ان يكون ذلك الغير عبده او زوجته او ولده او اجنبياً عند علمائنا اجمع وقال في المسالك لا فرق في
ذلك بين الزوجة وغيرها عندنا بل يضمن مع عدم احرارها عنها وان لم يسلمها اليها اجماعاً وفي موضع آخر
من المسالك انه موضع وفاق وقد صرح بالحكم المذكور في المبسوط وغيره وهو قضية اطلاق الغيبة والسرار
وقد نبهوا بذلك على خلاف بعض العامة على تفاصيل لم في المقام ولعل ذلك مخصوص عندنا بمن يتولى
ذلك بنفسه فالعالم والسلطان ومن ليس من شأنه الحفظ بنفسه يجوز له الحفظ بامثاله وغلانه والعادة جارية
بتسليم الغنم الى الراعي او المراد اذا لم تدل قرينة على الرخصة في وضعها عند غيره كما يرشد اليه تعليلهم بان
المالك لم يرض فلو فهم رضاه باي شيء كان جاز وفي المبسوط ان قال لزوجته او حاربه اجمليها في الصندوق
او ادخليها البيت وهو يري ما تفعل ويشاهد فلا يضمن انتهى وياتي الكلام ان شاء الله تعالى فيما اذا كان
الابداع من ضرورة كما يأتي الضابط في حفظ الوديعة وعليه تنزل هذه العبارات وغيرها (قوله) ❀ وكذا
لو سافر بها مختاراً مع امن الطريق اما لو سافر بها مع خوف تلفها مع الاقامة فانه لا يضمن ❀ من جملة
اسباب انتزيع السفر بالوديعة من غير ضرورة ولا اذن من المالك سواء كان الطريق امناً او مخوفاً كما
صرحت بذلك كتبهم كالمبسوط وغيره بل لا اجد فيه خلافاً قال في التذكرة لا يجوز للمستودع اذا عزم
على السفر ان يسافر بالوديعة بل يجب عليه دفعها الى صاحبها او وكيله الخاص في الاسترداد او العام في
الجميع (ا) فان لم يجد (يوجد خ ل) دفعها الى الحاكم فان تعذر الحاكم دفعها الى امين ولا يسافر بها فان
سافر بها مع القدرة على صاحبها او وكيله او الحاكم او الامين ضمن عند علمائنا اجمع سواء كان السفر مخوفاً
او غير مخوف انتهى وقال في المبسوط اذا اراد ان يسافر فردّها على المودع او وكيله فلا ضمان عليه فان لم
يتمكن منهما وردّها على الحاكم فلا ضمان عليه وان لم يتمكن منه وردّها على ثقة فلا ضمان ايضاً كل هذا
لا خلاف فيه لان السفر مباح فلو قلنا ليس له ردها لمنعناه من المباح الذي هو السفر انتهى وقضيته انه يضمن
ان سافر بها وقال في التذكرة لو عزم المستودع على السفر كان له ذلك ولا يلزمه اتمام حفظ الوديعة لانه متبرع
بامساكها ويلزمه ردها الى صاحبها او وكيله الى آخر ما قال على نحو ما في المبسوط (وبقى الكلام) فيما اذا
اراد السفر مختاراً من غير ضرورة في وقت السلامة وامن البلد وتعذر عليه صاحبها والوكيل والحاكم والثقة
ففي ظاهر التذكرة انه يجوز له السفر بها ويضمن حيث صرح بانه مخير بين تأخير السفر والتزام خطر الضمان
ونحوه ما في التحرير قال ولو اراد السفر ردها الى المالك او وكيله فان فقدهما فعلى الحاكم فان تعذر فالى ثقة
فان تعذر حاز له السفر بها واستحسنه في الكفاية وقد يفهم ذلك مما في الشرايع والارشاد من قولهما لا يجوز السفر

بها مع ظهور امارات الخوف اذ قضيته انه يجوز مع عدم ظهور الامارات نكح هذا يمكن - زينه نكح رجه
آخر مستسمعه انشاء الله تعالى وفي جامع المقاصد والمسالك انه لا يجوز له السفر بها ولا تركها في يد غير ثقة
لان الاذن مع الاطلاق انما تناول الحفظ في الحضر عملاً بالعادة ولان السفر لا يحل من خطر كما ورد في الخبر
عنه صلى الله عليه وآله وسلم ان اسافر وماله لعل تلف الا ما وقى الله تعالى ونكح ما ياتي من الضابط يجوز له
السفر ولا ضمان وفقاً لظاهر التحريم: واما اذا اضطر الى السفر لمخوف نكح الوديعة او لحاجته وضرورته فانه
يجوز ان يسافر بها حينئذ ولا يضمن مع تعذر ايصالها الى من ذكر كما نص عليه جماعة قال في المبسوط اذا
كان التلف مخوفاً ففزع من النهب والحريق فله ان يسافر بها ولا ضمان عليه بلا خلاف بل في التذكرة
لو اضطر الى السفر بالوديعة ين بضر الى السفر وليس في البلد حاكم ولا ثقة ولم يجد المالك ولا وكيله
او اتفق جلاء لاهل البلد او رقع حريقه او غارة او نهب ولم يجد المالك ولا وكيله ولا الحاكم ولا العدل سافر
بها ولا ضمان اجاباً لان حفظها حينئذ في السفر بها والحفظ واجب فاذا لا يتم الا بالسفر بها كان السفر
واجباً ولا تعلم فيه خلافاً انتهى عليه ينزل في الشرائع والارشاد من قولهما يجوز السفر بالوديعة اذا خاف
تلفها مع الاقامة ثم لا يضمن بان يكونا اراداً باخذه از معناه الاعم فلا ينافي الوجوب اذا لا يجوز تركها مع الخوف
عليها وهو على اطلاقه مشكل اذ قد يكون عليه في انشاءه السفر ضرر وموتة كثيرة اضعاف الوديعة وستسمع
كلام فخر الاسلام وقد قال في الشرائع والارشاد بعد هذه العبارة بلا فاصلة ولو ظهرت امارات الخوف لم
يجز السفر كما تقدم نقله عنهما اتفاقاً فيكون المراد انه اذا خاف على الوديعة التلف مع الاقامة جاز له السفر
بل وجب الا ان يكون في السفر خوف عليها ايضاً قد ظهرت عليها اماراته فلا يجوز وقضيته انه اذا اشتترك
السفر والخوف في الخوف تساوى فيه او تفاوتا لا يجوز السفر بها واصل الاظهر الاحوط مراعاة اقل الخوفين
وهذا هو الوجه الذي اشرنا اليه اتفاقاً وقال فخر الاسلام لا يجب السفر عليه لاجلها وان خاف تلفها بدونه بل
ان اختار السفر وجب عليه استصحابها فلا يكون السفر واجباً وانما يجب مصاحبته لو اختاره فيصح اطلاق
جواز السفر عليه وهذا ايضاً على اطلاقه مشكل وقد سمعت ما في التذكرة (المراد) بالسفر السفر العرفي
لا الشرعي والا لم يجب عليه الرد الا بالخروج الى مسافة وهو مشكل لانه متى خرج من بلد الوديعة نكح وجه
لا تعد في يده عرفاً يجب ان يكون ضامناً لانه اخرج الوديعة من يده فقصر في حفظها كما نه عليه جماعة
وعلى هذا فيجوز استصحابها في تردداته في حوائجها الى حدود البلد وما قاربته من القرى التي لا يعد الانتقال
اليها سفرأ مع امن الطريق فلا يجوز ابداعها في مثل ذلك مع امكان استصحابها كما لا يجب ردها على المالك
(والمعتبر) في تعذر الوصول الى احد الاربع المذكورة سابقاً المشقة الكثيرة وهي المعبر عنها بالتعذر عرفاً
لا معناه لغة لما في الزامه بحمل ما يزيد على ذلك من اخرج الضرر المتفبين كما نه على ذلك كله جماعة ايضاً
وبعد ذلك كله (تقول) ان ذلك خلاف ما استمرت عليه سيرة السلف والخلف من العلماء والصلحاء وان ذلك
يقضي بان تكون الحال في الوديعة اصعب شيء وليس في الاخبار والاثار ما يمنع من السفر للوديعة الا بان
يسلمها للمالك او الحاكم او الثقة وليس فيها ايضاً ما يمنع من السفر بالوديعة وحينئذ فلا يجب علينا ايضاً
تحقيق السفر وانما هو للفقهاء بل الضابط في الوديعة ان المدار فيها على وجوب الحفظ على ما يقضي به العرف
والعادة من حفظ بثل هذه الوديعة من مثل هذا الشخص من جهة احواله ونظره واجتهاده وذلك يختلف
باختلاف الوديعة والوديعة من المباشرة بنفسه او زوجته والسفر والاقامة والخروج الى القرى القريبة
والبساتين الا انه لما كان الغالب في السفر حصول الخوف والخطر تعرضوا لذلك والا فقد يكون السفر احراز
من الحضر وغير الوديعة احفظ لما منه كان يكون مهابة تخافه السرقة الى غير ذلك مما نه عليه مولانا
المقدس الاردبيلي وهذا الذي يستفاد من عدة مواضع من كلامهم كما يأتي بلطف الله تعالى وتوفيقه ثم عد
الى عبارة الكتاب فلو قال وان كان مع امن الطريق لكان اولى لانه يشمل حكم الخوف ولعله تركه

وكذا لو اودعه حالة السفر واذا اراد السفر ردها عَلَى المالك فان تعذر فعل الحاكم فان تعذر اودعها من الثقة ولا ضمان وكذا لو تعذر ردها عَلَى مالِكها فانه يعيدها الى الحاكم فان تعذر فالثقة مع الحاجة فاذا خالف هذا الترتيب في الموضعين مع القدرة ضمن والأقرب وجوب القبض عَلَى الحاكم « متن »

لوضوحه (قوله) ❀ وكذا لو اودعه حالة السفر ❀ اي لا يضمن لو اودعه حالة السفر او كان المستودع منتجعاً فانه يجوز السفر بها حينئذ من غير ضمان لقدم المالك عَلَى ذلك حيث اودعه ماله عَلَى تلك الحالة وليس عَلَى المستودع ترك السفر لاجلها وكان هذا في معنى الاذن بالسفر بها بدلالة القرائن الحالية وبالْحكم المذكور صرح في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وكذا جمع البرهان وكأن دليلهم لا يدل الا عَلَى السفر الذي سلمه المالك فيه فتأمل وقال في القاموس المنتجع المنزل لطلب الكلام (قوله) ❀ واذا اراد السفر ردها عَلَى المالك فان تعذر فعل الحاكم فان تعذر اودعها من الثقة ولا ضمان ❀ قد تقدم الكلام في ذلك (قوله) ❀ وكذا لو تعذر ردها عَلَى المالك فانه يعيدها الى الحاكم فان تعذر فالثقة مع الحاجة ❀ يريدانه اذا اراد ردها تلى مالِكها من دون ارادة السفر وتعذر المالك ردها عَلَى الحاكم ومع تعذره فالثقة لكن انما يجوز ذلك مع الحاجة الداعية الى ذلك اي الرد عَلَى الحاكم او الثقة وبدونها يضمن كما في المبسوط والشرائح والتذكرة والتحرير والارشاد وتعليقه وجامع المقاصد والمسالك بل في الاخير هكذا ذكره الاصحاب لا نعلم فيه خلافاً بينهم ووافقهم جماعة من العامة وحكي عن بعض العامة انه اجاز دفعها الى الحاكم مطلقاً عند تعذر المالك ونفى عنه البعد في المسالك (والوجه) فيما ذكره الاصحاب واضح لكنه يلزمه لزوم الوديعة في هذه المدة والجواب ممكن والامر هين اما الدفع الى الحاكم فلانه له ولاية عَلَى النائب عَلَى هذا الوجه واما الثقة فلمكان احاجة وكان دليله الاجماع كما في جمع البرهان واما الضمان عند عدم الحاجة فلأن المالك لم يرض بيد غيره ولا ضرورة فليحفظها حتى يجد المالك او يتجدد له عذر ويبقى الكلام فيما اذا ارادوا بالحاجة قال في جلع المقاصد لم اجد لها تعييناً في كلامهم وفي التذكرة قال اذا تبرم المستودع بالوديعة فسلمها الى القاضي ضمن الام مع احاجة ولقائل ان يقول ان دوام وجوب المحافظة عَلَى الوديعة ومراعاتها من الامور الشديدة المشقة ودفع هذه المشقة امر مطلوب وهو من اكداخاجات فليسوغ معه التسليم الى الحاكم لكن هذا انما يكون مع طول الزمان وبحو ذلك انتهى (قلت) قد فسرت الحاجة في المبسوط والتحرير والتذكرة والمسالك بالحرق والنهب وغير ذلك وفسر في المسالك غير ذلك بالضرورات ثم ان الحاجة كغيرها من الامور التي لا تعيين لها في الشرع فيرجع فيها الى العرف فلو كانت هناك حاجة لا ترتكب عرفاً بالوديعة جاز دفعها للحاكم ومنها السفر للثقة والنفقة وقضاء الدين والسفر الواجب باصل الشرع وبالتنذر الى غير ذلك مما يعد عرفاً انه حاجة وضرورة بالنسبة الى الوديعة كما في جمع البرهان (قوله) ❀ واذا خالف هذا الترتيب في الموضعين مع القدرة ضمن ❀ كما صرح به في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية وهو صريح الشرائع والارشاد في بعض وقضية كلامهما في الباقي والمراد بالموضعين حالنا السفر والحضر لكنه في التحرير استشكل في الضمان مع المخالفة فيما اذا اراد السفر لكنه وصفه بالضعف وسبب في التذكرة الى علمائنا القول بالضمان ان دفع الى الامين وهو يجد الحاكم اذا اراد السفر بل قد يظهر منها الاجماع في بقية المخالفة وهذا في الحقيقة ابداع للغير وقد قال في التذكرة ان اودع من غير عذر ولا اذن ضمن اجماعاً كما تقدم وقد يقال ان قوله في الكتاب مع القدرة مستدرك لانه لا معنى له الا العدول عن المالك الى الحاكم بدون تعذر المالك وكذلك القول في العدول عن الحاكم الى الثقة (قوله) ❀ والاقترب وجوب القبض عَلَى الحاكم ❀ كما جزم به في التذكرة وفي الايضاح والمسالك انه اقوى وفي جامع المقاصد انه الاصح لانه منصوب للمصالح ولولم

وكذا المديون والغاصب اذا حملوا الدين او الغصب اليه ولو اراد السفر فدفنها ضمن الا ان يخاف المعالجة « متن »

يجب القبض فانت المصلحة المطلوبة من نسيه ولا ترجيح في التحرير وفي جامع المقاصد يحتمل ضعيفا عدم تمسكاً بأصل البرائة وشرف ما فيه (والظاهر) انهم يريدون الوجوب العيني والا فالكفائي على كل احد لا خصوصية له بالحاكم وفي جمع البرهان في كون الحاكم منصوباً لمثل هذه المصلحة منع ودفعه بالدليل غير ظاهر بل هو منصوب للحكم والقضا. ولحفظ ما يتلف من مال الاطفال والغياب ايضاً اذا لم يوجد من يحفظه وهنا يمكنه الحفظ بعدم السفر الا ان يكون ضرورياً فبالايداع عند ثقة نعم لو تعذر تعين عليه كما لو لم يكن الا ثقة واحد فانه يجب عليه عدم عينا وان لم يكن حاكماً فلا فرق بين الحاكم وغيره (قلت) فيه انه يناقض احب اقم على وجوب الدفع الى الحاكم عند تعذر امثالك الا ان نقول انه يجب عليه الدفع ولا يجب على الحاكم القبول بصفته اذا كان ولياً عن الغائب كما طفحت به عباراتهم كان القول بالوجوب عليه لا مناص عنه لا بمعنى انه لقبضه بنفسه ويكون هو ودعيان ذلك فيه من العسر والشقة ما لا يخفى لان امثال ذلك كثير الوقوع كاللقطة والديون والغصب واموال الاطفال والغياب فلو وجب عليه قبض ذلك بنفسه لم يكن له شغل غير ذلك فالظاهر ان المراد بوجوب قبضه وقبوله اعز من ان يكون بنفسه فيصير هو ودعياً او يعين له اميناً يكون قابضاً محكماً وولايته لا بوكالته فيكون الودعي الامين لا الحاكم وهذا به اولى لانه في شغل شاغل عن مباشرة امثال هذه الامور كما عرفت فكان الجزم بذلك كما في التذكرة هو الصحيح ولا معنى لقولهم الاقرب والا قوى والاصح فليتأمل في ذلك فانه عام في جميع الامانات التي يليها الحاكم ولم يبينوا لنا الحال في الثقة هل يجب عليه القبض لانه كالولي ام لا ثم ان ذلك لعله مبني على وجوب حفظ مال الغير وقد تقدم الحال فيه (قوله)

وكذا المديون والغاصب اذا حملوا الدين او الغصب اليه **المتن** اي يجب القبول على الحاكم اذا حمل الدين والغصب اليه كما في الايضاح وكذا امثالك وقال في جمع المقاصد لا يتقيد هذا بارادة السفر ولا بمحصل الحاجة بالنسبة الى الغاصب لان يده يد عدوان وينبغي ايضاً في المديون ذلك لان برائة الدمة امر مطلوب ثم احتمل عدم وجوب القبول نظراً الى ان البقاء في يد الغاصب اعود على المالك لكونه مفتوناً في يده وكذا المديون لان الدين في ذمته (قلت) هذا هو الاحوط لكنه انما يتم اذا لم يكن له مراض والحاجة المنية في كلامه غير الحاجة القائمة في الغاصب والمديون (قوله) ولو اراد السفر فدفنها ضمن الا ان يخاف المعالجة **المتن** كما في الشرايع والارشاد وهذا الاطلاق يشمل ما اذا تعذر الوصول الى المالك او الحاكم او ايداع الثقة او لم تعذر سواء دفنها في حرز او غير حرز اعلم بها الثقة او الفاسق او لم يعلم احداً وسواء كان الثقة في منزل الدفن او خارجاً عنه ولا فرق في ذلك كله بين كونه مضطراً الى السفر او لا ولا بين كون الدفن مغيراً لها ام لا فقصية الكتب الثلاثة ان يضمن بدفنها في جميع هذه الصور الا ان يخاف عليها معالجة السارق او الظالم فانه لا يضمن لان حفظها حينئذ لا يكون الا بالدفع فيجب ويجزى لانه المقدور ويعتبر كونه في حرز مع الامكان وهذا تحرير كلام المبسوط والتذكرة والتحرير وكلام العامة وهو صحيح الا فيما اذا دفنها ولم يتمكن من احد الاربعة واعلم الثقة بها الساكن في موضع دفنها لان اعلامه بذلك ايداع له وقد فهم وقبل او نقول ان السكنى في موضع الدفن مع العلم بما فيه مستلزماً لليد عليه فيكون داخل في حفظه وتحت يده فيجب عليه الحفظ وهو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد ونظر المصنف في الكتابين والمحقق في الشرع الى انه اعلام لا ايداع لان الايداع يستلزم ايجاب الحفظ والقبول بخلاف الاعلام فانه لا يلزمه حفظها بمجرد الاعلام وقال في المسالك ان فيه قوة وان فسرت المعالجة في الكتب الثلاثة بمعالجة الرقعة اذا اراد السفر وكان ضرورياً وكان التخلف عنها مضراً فانه لا ضمان عليه في دفنها لمكان

ومن حضرته الوفاة وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة « متن »

الحاجة والتفسير ان للمعالجة محكيان عن الشهيد والاول هو المتبادر من التذكرة والتحرير (واما عباراتهم في المقام) في المبسوط فاذا اراد المودع السفر فدفنها فلا يخلو اما ان يعلم به غيره او لم يعلم به فان لم يعلم به غيره ضمن لانه غرر لانه ربما مات المودع في السفر ولم يعلم وتلف الوديعة في الدفن وربما تلف ايضا بالفسق او الحريق او تحت الارض وان اعلم غيره فان كان فاسقا ضمن لانه اشهرها وان عرف ثقة امينا نظرت فان كان من لا يسكن تلك الدار التي دفن فيها فانه بضمن لانه عرف من لا يأتمنه المودع كما لو كان المودع حاضرا وان اعلم من سكن تلك الدار التي دفن فيها فهل بضمن ام لا فيه الفصول الثلاثة التي ذكرناها فيما قيل في رد الوديعة انتهى وقد كان ذكر في رد الوديعة انه اما على المالك او غيره لعذر او لغير عذر وانه مع العذر يرد على الحاكم فان فقد فعلى الثقة كما تقدم بيانه وذكر في التذكرة مثل ما في المبسوط بدون تفاوت في المعنى الى قوله فان اعلم من سكن فان في التذكرة فان كان ساكنا في الموضع فان كان ذلك مع عدم صاحبها والحاكم جاز لان الموضع وما فيه في يد الامين والاعلام كالابداع وان كان فيه مع القدرة على الحاكم فعلى الوجهين السابقين انتهى ولم يتعرض فيها (١) لخوف المعالجة وعدمه لكنه قال بعد ذلك في التذكرة في جملة فروع لو دفن الوديعة في غير حرز عند ارادة السفر ضمن على ما تقدم الا ان يخاف عليها المعالجة وكذا بضمن لو دفنها في حرز ولم يعلم بها امينا او اعلم امينا حيث لا يجوز الابداع عند الامين انتهى وصادف في قوله وكذا بضمن انه بضمن الا مع خوف المعالجة وفي التحرير لو دفنها في موضع واعلم بها ثقة يده على الموضع وكانت مما لا يغيره الدفن فهو كابداعه عنده وان لم يعلم بها احد ضمنها الا مع خوف المعالجة عليها وكذا بضمن لو اعلم بها غير الثقة واعلم بها الثقة ولم يشعر بالمكان واشعره وليس ساكنا بالمكان او كانت مما يتغير بالدفن (قوله) ومن حضرته الوفاة وجب عليه الوصية بما عنده من الوديعة جعل الواجب هو الايضاء كما في التذكرة والمقاييس وظاهر جامع المقاصد هو بتحقيق بدون الاشهاد والموجود في المبسوط والسرائر والشرايع والتحرير والارشاد انه يجب عليه الاشهاد عند خوف الموت او ظهور اماراته او حضور الوفاة على اختلافهم في التعبيرات كما يستمع والمتبادر من الاشهاد ان يشهد شاهدين ليحصل بهما الاثبات حيث ينكر الورثة او يكون بعضهم صفاراً لثلاث يتمتع الوصي من تسليمها الى مالكها من دون الاثبات وقد يكون اراد المصنف في كتابه ما ارادوا كما هو صريحه في الفرع الرابع كما انه يحتمل انهم ارادوا مجردا الايضاء وهو بعيد جداً لانه خلاف المتبادر من الاشهاد لتكرره في المبسوط والسرائر قال اذا حضرته الوفاة فانه يلزمه ان يشهد على نفسه بان عنده وديعة لفلان ويشهد حتى لا يختلط بماله واعلمها اراداً بالاشهاد الاول الايضاء وقد جعل في الكفاية في المسئلة قولين قال في الكفاية وجب الاشهاد على قول او الايضاء على قول آخر ونحوه ما في المفاتيح غير انه استظهر برأيه بالايضاء وقد عبر بن حضرته الوفاة في المبسوط والسرائر والتحرير والمراد حصول الظن بالموت بظهور العلامات كما في الشرائع والكفاية والمفاتيح قال في الشرائع اذا ظهر للمودع امارات الموت وجب الاشهاد وهو معنى ما في التذكرة وجامع المقاصد من انه اذا مرض مرضاً مخوفاً او حبس ليقتل وظاهر عبارات الجميع ما عدى التحرير والتذكرة في اول كلامه فيها ان الايضاء والاشهاد كاف وان قدر على ايصالها الى مالكها او من يقوم مقامه لانه لم يخرج بذلك عن اهلية الامانة فيستصحب والاصل عدم الوجوب ووجوب الاشهاد لا يتاقيه لانه من وجوه الحفظ الواجب عليه وقال في التحرير اذا حضرت المودع الوفاة وجب عليه دفعها الى المالك او الوكيل او الحاكم او الثقة على الترتيب ولو تعذر وجب الايضاء بها والاشهاد ونحوه ما في التذكرة في اول كلامه ولعل وجهه ان الايضاء غير كاف في دفع خوف الضياع لاحتمال عدم وصولها الى اهله لاحتمال عدم وصولها الى يد الوصي بسبب من الاسباب واحتمال تلفها في يده بتفريط وعدمه ولا ريب انه احوط وقال (١) اي المبسوط والتذكرة (منه)

فان اهمل ضمن الا ان يموت فجأة عَلَى اشكال « متن »

في التذكرة مد ذلك في فروع المسئلة الاقرب الاكتفاء بالوصية وان امكه الرد الى المالك لانه مستودع لا بدري متى يموت فيستصح الحكم ويحتمل ان يجب عليه الرد الى المالك او وكيله عند المرض فان تعذر اودع عند الحاكم او اوصى اليه كما اذا عزم عَلَى السفر وهو قول اكثر التافعية ومراده بالمرض المرض المحوف والا في جمع الرهان ان الظاهر عدم الحلاف في عدم الوحوب عند مطلق المرض وايضا كلامه بقضي بالتخير بين ابداع الحاكم والايضاء اليه لكن الظاهر ان مراده بقرينة قوله كما اذا عزم عَلَى السفر انه بعد تعذر الحاكم يودع الثقة ثم ان تعذر فالايضاء كما تقدم مثله مراراً لكن فيه ان كلامه صريح في الايضاء الى الحاكم فتأمل وليس المراد بالايضاء هو الابداع كما صرح هو به قال نون بعض الناس ان اراد من الوصية بها تسليمها الى الوصي ليدفعها الى المالك وهو الابداع بعينه وليس كذلك بل المراد الامر بالرد من غير ان يخرجها من يده فانه والحال هذه محير بين ان يودع للحاجة وبين ان يقتصر عَلَى الاعلام والامر بالرد لان وقت الموت غير معلوم وبه مستمرة على الوديعة مادام حياً وهذا ايضاً صريح في عدم وجوب الرد عيماً بل تخبيراً وذلك هو المراد من آخر عبارتي المسوطة والسرائر وان اوهمتا حلاف ذلك ولا ترجيح في الكفاية (وكيف كان) فالظاهر ان دليل وجوب الايضاء هو ان المدار عَلَى وجوب حفظ الوديعة معها امك حتى تصل الى اهله وذلك لا يتم هنا الا بالايضاء وادلة وجوب الوصية عَلَى المحتصر بل لعله لا حلاف في وجوبها عليه ولكن حجب كالمال والمدار عَلَى وجوب الحفظ كما قصت به قواعد الوديعة فلا ريب انه تارة يحصل بالايضاء فقط وتارة لا بد منه ومن الانشاد واحرى يصح في الانشاد بل قد لا يحتاج الى الوصية لعل اختلاف الكلمة في اختلاف الطرق واختلاف المقامات في الحفظ فليتأمل (قوله) ﴿ فان اهمل ضمن ﴾ كما في التذكرة والتحرير وحامع المقاصد والمسالك وجمع الرهان وهو قضية كلامه المبسوط والسرائر والشرائع والارشاد وان لم يصرح به فيها لانه فرط حيث عرر بها ومعنى ضمائه انه يحكم بكونها معصومة في يده فلو تلفت تغير ترميط في وقت الضمان ولو قبل الموت كانت مضمونة عليه تؤخذ من ماله كالدين وعوض العصب وكذا بعد الموت وان لم يقتصر الورثة في المادرة الى اعلام المالك والرد عليه تلفت قبله نافة او اتلاف متلف او ترد في ثرو ومحوها ويكون اتماً ايضاً ترك الوصية ولعل التفريط والتقصير اما يحصل تركها حين الموت او قبله حيث يأس من الحيوة ولا يقدر عَلَى الوصية وان لم يكن مات لكن في المسالك انه لا يستقر الضمان الى ان يموت فيعلم التفريط في اول زمان طهر فيه اماراة الموت سواء كان ذلك في ابتداء المرض ام في انشائه وهذا معنى قوله في التذكرة التقصير هنا اما يتحقق ترك الوصية الى الموت فلا يحصل التقصير الا اذا مات لكن يتبين عند الموت انه كان مقصراً من اول ما مرض انتهى (وقد يقال) ان التقصير يحصل قبل الموت كما عرفت ثم ان الظاهر ان الوقت موسع لانه اذا ظن نقائه قادراً عَلَى الوصية كان كحال الصحة فكونه من اول المرض كأنه محل تأمل الا ان نقول ان مراده من قوله من اول ما مرض ما قاله في المسالك من انه اول زمان طهر فيه امارات الموت الى آخره وقد يرد عَلَى المسالك ما اذا ظهرت امارات الموت وظن البقاء معها يوماً او نصف يوم او نحو ذلك فتأمل اذ اللفظ قوي لا بأس به (قوله) ﴿ الا ان يموت فجأة عَلَى اشكال ﴾ ومثله القل غيلة وعدم الضمان حيرة التذكرة والتحرير وحامع المقاصد والمسالك وهو الذي حكاه الشهيد عن فخر الاسلام ولعله سمعه منه شفاهاً لانه لا بعد مقصراً ولو وجب الضمان لاقتضى وجوب الوصية على كل مستودع من حين قبض الوديعة حتى لو اخر ساعة بضمن وعمل جميع الفقهاء عَلَى خلافه والضمان خيرة الابضاح (واحتج) عليه بان الوصية والاشهاد سبب في منع الوارث من جحودها وفي وجوب ادائها طاهراً ان علم بها وفي نفس الامران لم يعلم وذلك كله سبب للحفظ فتركه ترك سبب الحفظ ولا معنى للتفريط الا ذلك (وفيه) ان المدار في الضمان عَلَى التقصير والتفريط عرفاً او شرعاً بمعنى محالفة الواجب عليه فاذا ترك سبباً لا بعد سبباً في نظر

ولو اوصى الى فاسق او اجمل نقوله (له خ) عدي ثوب وله اثواب ضمن اما لو قال عندي ثوب ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن تنزيلاً على التلف قبل الموت على اشكال «متن» الشارع واهل العرف وما هو في نظرم الا كالمسرع تحت الجدار المستقيم مخافة ان يسقط عليه لا يمد مقصراً ولذلك لم يجب الاضهاد والايباء الا عند امارات الموت فلا معنى للتعليل بالتفريط ولعل الاستثناء منقطع لان موت من حضرته الوفاة فجأة غير متصور (قوله) ولو اوصى الى فاسق او اجمل كقوله عندي ثوب وله اثواب ضمن كما هو خيرة التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك في الحكمين وخيرة المفاتيح في الاول وظاهر المبسوط في الثاني ذكره في اثنا مسألة اخرى (اما الاول) فلان الوصية الى الفاسق تزيد في التضييع لانه مع السلطان عليها اقرب الى الخيانة قال في التذكرة يجب الايباء الى أمين فان اوصى الى غير ثقة فهو كالولم يوص ويحب عليه الضمان لانه غرر بالوديعة ولا يجب ان يكون اجنبياً بل يجوز ان يوصي بها الى وارثه ويشهد عليه ومراده ان يشهد على الايباء وهذا ما اشرنا اليه آنفاً وفي الكفاية وكذا جمع البرهان انه لا بعد الاكتفاء بكونه اميناً وان لم يكن عدلاً (قلت) وجه الحكم ظاهر على تقدير اشتراط العدالة في الوصي مطلقاً كما نقل عليه الاجماع جماعة كما بين في محله ويكون الضمان من حين الوصية الى غير العدل ويحتمل ان يراعى بالموت فاذا مات وترك الوصية الى العدل علم انه ضامن من حين الترك لاحتمال ان يرجع و يوصي الى العدل مع الاشهاد واما على تقدير عدم اشتراطها في الوصي فلا ضمان ويحتمل اشتراط العدالة هنا وان لم نشترطها في مطلق الوصي لان الايباء كالايداع فليتأمل (واما الثاني) فلان الوديعة مع الاجال لا تعرف بعينها فلا يمكن ردّها بحسب العادة وذلك مناف للحفظ قال في التذكرة اذا اوصى بالوديعة وجب ان يبينها ويميزها عن غيرها بالاشارة الى عينها او يبين جنسها ووصفها فلو لم يبين الجنس ولا اشار اليه بل قال عندي وديعة فهو كما لو لم يوص ولو ذكر الجنس فقال عندي ثوب لفلان ولم يصفه فان لم يوجد في تركته جنس الثوب فاكثر علمنا على ان المالك يضارب الغرماء بقيمة الوديعة لتقصيره تركه البيان الى ان قال وان وجد في تركته جنس الثوب فاما ان يوجد اثواب او ثوب واحد فان وجد اثواب ضمنى لانه اذا لم يميز كان بمنزلة ما اذا خلط الوديعة وذلك سبب موجب للضمان وكذا ما ساواه وهو عدم تنصيصه على التخصيص وان وجد ثوب واحد ففي تنزيل كلامه عليه اشكال قال الشافعي انه ينزل عليه ويدفع اليه ومنهم من اطلق القول بانه اذا وجد جنس الثوب ضمن ولا يدفع اليه عين الموجود اما الضمان فللتقصير بترك البيان واما انه لا يدفع اليه عين الموجود فلا احتمال ان تكون الوديعة قد تلفت والموجود غيرها وهو جيد انتهى وقضية كلامه في الكتاب انه لو لم يكن الا ثوب واحد فلا ضمان وهو خيرة التحرير بمعنى انه ينزل كلامه عليه لان الاصل عدم غيره والاصل بقاء حقه الثابت بالاقرار فيستصحب الى ان يعلم التلف ولا يعارضه احتمال ان تكون قد تلفت قبل الوصية بتغير تقرير فلا ضمان والثوب الموجود من التركة لانه يدفعه ان مقتضى كلام الموصي بقائها الى حين الوصية والاصل عدم التلف فينزل اطلاق كلامه عليه لكنه في المسالك نسب الى ظاهر كلامهم ان الاجال المذكور بعد تقصيراً بوجب الضمان وقد عرفت المعرض لهذا الفرع وهو المصنف في التذكرة والتحرير وظاهر الكتاب واما المحقق الثاني فلم يعزم بعد ذلك تقصيراً لا في اول كلامه ولا في آخره نعم قد يمكن فهم ذلك من عبارة المبسوط وستمعها في المسئلة الآتية قال في المسالك الحق ان الحكم مبني على ان الاجال المذكور هل بعد تقصيراً بوجب الضمان كما هو ظاهر كلامهم ام لا فان قلنا بالاول ضمن قطعاً للتفريط وان قلنا بالثاني فلا لاصالة عدمه وبرائة النمة واما اصاله بقاءه فلا تقتضي الضمان بل هي اعم وقد اوصى الى نحو ذلك في جامع المقاصد (قوله) اما لو قال عندي ثوب ولم يوجد في التركة ثوب لم يضمن تنزيلاً على التلف على اشكال حكم هنا بعدم الضمان على اشكال كما في التحرير والحواتي في خصوص المثال وحكم في الارشاد بالضمان على اشكال ونحوه ما في الشرائع فيها يشبه المثال او هو هو قال في

الشرائع اذا اعترف بالوديعة ثم مات وجهلت عينها قيل تخرج من اصل تركته ولو كان له غرما وضافت التركة
 حاصهم المستودع وفيه ترد وتردده يحتمل امرين احدهما ان يكون في اصل النضان والثاني في كيفيته كما يأتي
 مثله في الكتاب حيث قال ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدين سواء على اشكال هذا
 ان اقر ان عنده وديعة او عليه وديعة اما لو كانت عنده في حيوته ولم توجد عينها ولم يعلم بقائها في النضان
 اشكال والظاهر ان الاشكال الاول في كيفيته والثاني في اصله كالاشكال الموجود هنا في المثال قال في
 الايضاح ان الاشكال في الكيفية مبني على الاشكال هنا اي في المثال فقال ان هذا في اصل النضان وذلك
 في كيفيته (وجهه) اي التردد في الاول اي اصل النضان ان اقصى ما ثبت من اعترافه بها في حيوته وجوب حفظها
 والا فذمته بريئة من ضمانها فاذا لم تعلم بعد الموت احتمال تلفها قبله بدون تفریط وردها الى مالكها والاصل
 برائة ذمته من النضان واصل عدم تلفها وعدم ردها لا ينافي اصل البرائة اذ لا يلزم من بقائها تعلقها بالذمة
 (وجهه) في الثاني ان اصل بقائها اقتضى كونها في جملة التركة غايته ان عينها مجهولة فيكون مالكها بمنزلة
 الشريك القهري فيقدم بالحصة على غيره من الغرما والانتقال الى البدل اذا تعذرت العين انما يكون مع عدم
 العلم بوجودها في جملة المال والا منعا البدل واصالة البقاء قد اوجبت ذلك كذا قيل وفيه نظر ظاهر لان
 ذلك يقضي بوجودها في التركة والمفروض عدمه وفرض الوجود للاصل لا يجدي في الشركة القهرية فتأمل
 وجعل وجهي اشكال الكتاب هنا في الايضاح وجامع المقاصد من قول اكثر علانائانه بضمن لانه يجب
 عليه الرد لقوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي والمسقط هو التلف من غير تفریط وهو
 مشكوك فيه وانا قد تحققنا ان عنده وديعة يجب عليه ردها لكن جهلت عينها فوجب ضمانها في ماله كما لو كانت
 عنده وديعة فدفنها وسافر ولم يطلع عليها احد فان النضان يجب عليه فالسفر والموت في هذا المعنى واحد وهذان
 حجة الشيخ في المبسوط على النضان حيث قواه ومراده بجعل عينها جهل مكان عينها لانه لو كان الجهل
 تمييزا عن غيرها مع وجودها لم يكن في النضان اشكال كما لو اوصى بثوب وله اثواب كما تقدم وهذه عبارة
 المبسوط التي وعدنا بها آنفاً ومن ان الوديعة ليست سبباً للنضان بل سببه التفریط ولم يعلم والحكم بوجوب النضان
 مع الجهل بسببه باطل ووجوب الرد مشروط بوجود العين ولم توجد وانت خير بانه اذا كان المفروض اجماله
 في الوصية ونقصه في البيان ينبغي ان يكون توجيه الاشكال بغير ما ذكر فليتأمل جيداً اذ لعل الحال لم
 ين على الاجمال (وكيف كان) فالظاهر قول اكثر علانائانه كما في التذكرة في موضعين منها احدهما ما نحن
 فيه والايضاح وجامع المقاصد وعليه نص الاصحاب كما في شرح الارشاد لفخر الاسلام وهو المشهور كما في
 المسالك والكفاية لكنني لم اجد مصرحاً به غير الشيخ في المبسوط والمصنف فيما سمعته من كلامه فيها يأتي حيث
 يجعل الاشكال الاول في الكيفية لا في اصل النضان كما في الكثر والموافق لها في خصوص المثال صاحب
 المسالك نعم هو خيرة المحقق والمصنف في مقارنة النافع والتذكرة وكذا مضاربة الكتاب والتحرير على اشكال
 له فيهما وهو الظاهر من جامع الشرائع وقد نقلنا بعض عباراتهم في باب الرهن في اول الفصل السادس
 لكننا لم نحقق هذه الشهرة بعد التتبع في الباب ولا باب المضاربة ولا الرهن لكن الناقل لما جماعة كثيرون
 كما عرفت وهم ادري واطلع وقد استوفينا الكلام في المسئلة في باب المضاربة اكل استيفاء ولعل مجتهد
 ما رواه الشيخ في التهذيب عن ابن محبوب عن احمد عن البرقي عن النوفلي عن السكوني عن جعفر عن ابيه
 عن آبائه عن علي عليه السلام انه كان يقول من يموت وعنده مال مضاربة قال انه ان سماء بعينه قبل موته
 فقال هذا لفلان فهو له وان مات ولم يذكر فهو اسوة الغرما ورواه في الفقيه عن علي عليه السلام مرسلأ
 ورواه بالمعنى في السرائر كما عرفت ولا فرق بين الوديعة والمضاربة في ذلك والشهرة ان تمت جبرته سنداً
 ودلالة وكان حجة والظاهر تماميتها وقد احتج لم بقوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي
 كما سمعت (وفيه) انه مخصوص بالامانات ولم يعلم هنا ما يزيل الامانة والاصل عدمه وبانه قصر في ترك الرد او

ولو وجد على كيس محتوم انه وديعة فلان لم يسلم اليه وكذا لو وجد في دستورهِ الآ بالينة
(الثالث) التقصير في دفع المهلكات فلو ترك علف الدابة او سقيها مدة لا تصبر عليه عادة
فهلك ضمن « متن »

الايضا والتعيين وفيه ان الاصل في فعل المسلم والظاهر من حاله ان لا يحل بواجب الا ان نقول انه بتركه
التعيين اخل بواجب فتأمل وبان الاصل البقاء والاصل عدم التلف الا على وجه مضمون وقد عرفت ان اصل
البقاء لا يعارض اصل البرائة والاصل الثاني غير اصيل ولذلك قال في التذكرة ان الذي يقتضيه النظر عدم
الضمان والذي عليه فتوى اكثر العلماء منا ومن الشافعية الضمان انتهى وعدم الضمان خيرة الايضاح في
المثال وفي جامع المقاصد ان التحقيق انه ان اجمل الوصية ولم يبين الثوب بني الضمان على عد ذلك نقصيراً
وان بينه فلا مقتضي للضمان فقد فرق بين ما نحن فيه وبين ما حكيناه عنهم من قولهم فيما يأتي اذا اعترف
بالوديعة ثم مات وجهلت عينها الى آخره وكذلك صاحب المسالك حيث جزم بالضمان فيما نحن فيه لمكان
الاجمال وحكم فيما يأتي بعدمه ونحوه ما في جمع البرهان حيث احتمل فرض قولهم فيما يأتي فيما اذا اعترف
بالمعين وعينها وحكم بعدم الضمان وتامل فيه فيما نحن فيه ولم يتعرض في الكفاية الا لقولهم فيما يأتي اذا
اعترف بالوديعة وجزم بعدم الضمان ولم يفرق في المبسوط والتذكرة والايضاح وغيرها بين المسئلتين بل
جعلتا في الايضاح وجامع المقاصد في كلام المصنف من سنخ واحد ونحن بينا كلاً على حدة وتام الكلام يأتي
في قولهم الآتي ان شاء الله تعالى (قوله) ﴿ ولو وجد على كيس محتوم انه وديعة فلان لم يسلم اليه وكذا
لو وجد في دستورهِ الآ بالينة ﴾ كما في المبسوط والتذكرة فيهما والتحرير في الاول اي لا يجب على
الوارث التسليم لانه ربما كتبه عبثاً ولهو أو تلقيناً وربما اشترى الكيس بعد تلك الكتابة فلم يحبسها او رد الوديعة
بعد ما اثبت في الجريدة ولم يحبسها وبالجملة انما يثبت كونها وديعة بان يقرأ هذه وديعة ثم يموت ولا يكون
متهماً في اقراره عندنا او مطلقاً عند جماعة من علمائنا او يقر الورثة بانها وديعة او تقوم البينة بذلك فاذا
ثبتت الوديعة باحد هذه الوجوه وجب على الورثة اعلامه بذلك وليس لهم امساكها الى ان يطلبها المالك منهم
لانه لم يأمنهم عليها كما اذا اطارت الريح توباً الى دار انسان ولم يعلم صاحبها فان عليه اعلامه فان اتر ذلك
مع امكانه ضمن كما ذكر ذلك كله في التذكرة (قلت) قد يعلم بذلك اي الكتابة انها وديعة فيعمل الوارث
بما علم وقد تقدم في اول الباب بيان الحال في الضمان مع التأخير ووجوب الرد او الاعلام بالنفس او الوكيل
وان لم يكن ثقة كما هو الشأن في جميع الودائع والعواري فانه هو المتداول بين المسلمين من غير نكير
(قوله) ﴿ الثالث التقصير في دفع المهلكات ﴾ من موجبات الضمان التقصير في دفع مهلكات الوديعة
وما يوجب نقص ماليتها وهو مما لا اجد فيه خلافاً لان الحفظ واجب ولا يتم الا بذلك (قوله) ﴿ فلو
ترك علف الدابة او سقيها مدة لا تصبر عليه عادة فهلك ضمن ﴾ في عباراتهم اضطراب فعبارة الشرائع
واللمعة كعبارة الكتاب غير انه زاد في الشرائع لفظة به قال فماتت به وعبارة المبسوط والتذكرة بمعنى قال
في المبسوط فان لم يسقها ولم يطعمها فماتت الدابة نظرت فان كان قد منعها من العلف في مدة تموت الدابة
بمثل تلك المدة لمنع السقي والعلف فانه يضمن قيمتها لانه معلوم انها ماتت من منع علفها وان كانت مدة لم
تمت الدابة لمثل تلك المدة اذا منعت العلف والسقي فانه لا يضمن انتهى وقال في التذكرة فان امتنع من
ذلك اي العلف والسقي حتى مضت مدة يموت مثل تلك الدابة ففي مثل تلك المدة نظران ماتت ضمنها وان لم تمت
دخلت في ضمانه وان نقصت ضمن النقصان وتختلف المدة باختلاف الحيوان قوة وضعفاً فان ماتت قبل مضي
تلك المدة لم يضمنها ان لم يكن بها جوع وعطش سابق وان كان وهو عالم ضمن وكذا لو كان جاهلاً فقد
وافق المبسوط في اول كلامه وفي قوله فان ماتت قبل مضي تلك المدة لم يضمنها وزاد فروعاً سنبه عليها

سواء امره المالك ام لا ويرجع على المالك متن

انشاء الله تعالى ثم انه لا ينبغي ما في كلامه من التناقض بين نه هر وفي بعض العبارات ان مجرد الترك ولو مرة يوجب الضمان كقولهم في الارتداد هو ترك سقي الدابة صر و هو حبرة جمع المقاصد والمسالك والروضة وهو الذي تقتضيه قواعد الباب اذ الواحد علفها وسقيها بحسب المعتاد لامت اهما والنقصان عنه بعد تقريرها سواء صرت عليه ام لا ومتى عد مرتبط صر صامت لما وان من يعبره لا يترق الحال حينئذ بين تلفها ونقصها بذلك السبب وسيره وقد مضى ويأتي له طائر كثيرة في كلامهم (اذا عرفت) هذا فمد الى عبارة الكتاب وما وافقها فان اردوا من تعلق الحكم على موتها سبب تركها اي العلف والسقي مدة لا تنصر عليه عادة كما هو صريح النزاع ودر هر الكتاب والتمه هذا المعنى الذي تقتضيه قواعد الباب بان يكون مراده عدم صيرها عليه تنقيب - بعد دونه عبارتان فلا اشكال من هذه الحثية لكن بدعوى اختصاص الضمان بتوتها مع كونها مسمومة بانفرد به امري من شأنه الضمان ذلك السبب وسيره وان ارادوا معنى آخر كما هو الظاهر زاد الاشكال حيث كبر قدر تبوأ الضمان على الموت تركها ما ولي تركها اي العلف والسقي هذه المدة مع ان الواحد - المقتضى - وتركه بتحقيق التمرير وقد لا يكون التبريد مراداً في عبارتي الكتاب والتمه فيسبب الكلام في - التنازع والاعتذار عن الكتاب بواقعة انه وان لا يندى مع المخالفة في الحكم كآ انه ادرج في - حرمانه - ليس منه اياه عبارات المسمومة والتذكيرة بمدخل الضمان فيهما الموت تركها مدة تمت وبها مدة لا تأخير ريادة عن المعتاد ولا زيادة مما خصه عليه عادة لان كلامهما صريح في ان التخصيص مطلق لا يحسب الضمان الا مع التلف به بل هو صريح في ان كلامه في انه لا يوجه مع التلف به اذ يمكن التخصيص منله ومهاكم - وهذا ان لم يكن حكمها بعدد الضمان - فيما اذا مات قبل تلك المدة لاحتمال موت بعد هذا السبب ان كان الحكم بعدد الضمان الموت به كما انه غير مهلك اكن الظاهر من المسود الاول مكر العليل في الاول - من مل ويرى - التذكيرة انه ينبغي عدم الضمان في الحوض السابق اذا جعل لانه يكون كما اذا مات قبل مضي تلك المدة التي لا يموت فيها ماله - فناً مل وان جعل الضمان متر - - - - - ان كان الموت بعده وان كان معه شيء آخر له مدخلية في ذلك وحب ان يحكم بالضمان مع التلف - المدة المذكورة في الملة من - ان - حوض بذلك فليأمل وتلى تقدير الضمان في ذات الحوض - عطف - يقين على التمسك بعدد المله وفي جمع المله ان - دلة عدم الضمان قوية حتى يثبت انه من - - - - - سواء امره انك ام لا ويرجع الى المالك - لما كانت الدابة والادمي من الاموال المحترمة التي لا يسوح التلاعب بعير وجهه شرعي وحب الى المله وح علفها وسقيها بما حرت العادة به لامتالها ولو احل ذلك كان من حملة التمرير وقد حكى في الحوض في الايام الاحماع تارة وبى عنه الخلاف اخرى وقال في المسود اذا اودع حيوان فقيه (ثلث) مسائل (احداها) ان يامر بسقيها وعلفها (الثانية) اضلق و - يمره ولم يهره (الثالثة) مال لا يلقها ولا تعلها فانه يدمه سقيها وعلفها لان لها حرمين لوحين احدهما حرمة مالكها الا ترى انه لو اطلقها عليه اسان ضمنها ولها حرمة في نفسها وهي حق لله عز وجل الا ترى انه ليس صاحبها ان يذبحها فاذا كان هكذا الزمه ان يسقيها وعلفها وظاهره في المسئلتين الاخيرتين في اواخر كلامه انه يرجع الى المالك بما اتفق اذا اشهد ولم يقدر على الحاكم وهو صريح الايضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة كما ستعرف بل في المسالك انه لو تعذر الاستدراك قصر على نية الرجوع واستحسنه في جامع المقاصد واما الرجوع في الاولى فما لا ريب فيه سديم لانه امره علمها فكان كما لو امره باتلاف ماله فيما عا د نفعه اليه فكان كما لو ضمن عنه ماله بامر واداء عنه ولم يتأمل الارديلي فقال ان الامر اعم من الرجوع (وفيه) انه اجماعي بين المسلمين والعادة قضت بذلك وقال في السرائر اذا اطلق عرف بفحوى الخطاب امره بالسقي لان العادة حاربه بان الدابة تسقى وتلف موجب حمل ذلك على

وان نهى على اشكال اذا لم يتبرع اما لو نهى عن العلف والسقي فترك عصي ولا ضمان ويضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر اليه او طرح الأقمشة في المواضع التي تعفنها او لم يعرض الثوب الذي يفسده الدود للربح ولو لم يندفع الا باللبس وجب الا مع نهي المالك « متن »

العرف وان لم يتلفظ به وحكم بانه يرجع على المالك اذا اشهد انه يرجع عليه بذلك ولم يتعرض للحاكم ولا للمسئلة الثالثة وقضية وجوب الحمل على العرف نقضي بالرجوع وان لم يشهد وظاهر اطلاق التحرير في موضع منه انه يلزمه الاتفاق في المسائل الثلاث وقد ينزل اطلاقه على ماذا اطلق لانه في موضع آخر قبل ذلك قال اذا نهى لم يجز له الامساك وقرب الرجوع اذا تعذر الحاكم واشهد ومراده في غير الاولى وقال انه لو تمكن من الحاكم فلم يستأذنه فالاقرب عدم الرجوع وان اشهد ولو عجز عن الحاكم ولم يشهد فالاقرب عدم الرجوع انتهى ونحو ذلك ما في التذكرة فيما اذا اطلق وظاهر التحرير ان ذلك جار في الصورتين الاخيرتين وقال في التذكرة انه اذا تعذر الاشهاد يرجع مع قصده الرجوع كما سمعته عن المسالك وجامع المقاصد وظاهر الكفاية التأمل في صورة الاطلاق واستشكل في الرجوع في الاخيرة في التذكرة كما نسمع وانما اشترط الرجوع الى الحاكم في ذلك ليتحقق عدم التبرع ومثل ذلك اشتراط الاشهاد وقد يكون ذكره ارشاد الا اشتراطاً فتأمل لانه لا يتأني في بعض العبارات (قوله) ﴿ وان نهى على اشكال اذا لم يتبرع ﴾ كما في التذكرة اصح الرجوع كما هو ظاهر المبسوط والتحرير وصرح الايضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان قال في الاخيرة الاشكال مع وجوب الاتفاق على المالك والمستودع بعيد فينبغي الجزم بالرجوع على تقدير الايجاب ثم امر بالتأمل وهو معنى ما في جامع المقاصد من الاحتجاج بعدم اعتبار هذا النهي فانه محرم والعلف والسقي لوجوبهما ماذون فيهما شرعاً فالشارع قائم مقام اذن المالك وهو معنى ما في الايضاح من ان نهي المالك منهى عنه والنهي في غير العبادات ان اقتضى الفساد بطل نهي المالك فصار وجوده كعدمه والا فالاقوى هنا البطلان لان حكمة النهي اذا لم يتم الا باقتضائه الفساد وجب القول به وهو هنا كذلك لان النهي عن نهي المالك لفرض حفظ الحيوان ولا يتم الا بفساده اي فساد نهي المالك وحفظ مال المتفق فوجب القول به اي بان النهي يدل على الفساد في المعاملات ووجه عدم الرجوع بنسأ من نهي المالك المقتضي لصدورها بغير اذن المالك (قوله) ﴿ اما لو نهى عن العلف والسقي فترك عصي ولا ضمان ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان اما العصيان فتركه حق الله تعالى لا يجابه سبحانه عليه ذلك ولهتك حرمة الروح لان الحيوان له حرمة في نفسه فيجب احبائه واما عدم الضمان فلا ان المالية حق للمالك وقد اسقط عنه الضمان بنهيه فكان كما لو قال له اقتل دابتي فقتلها او امره بالقاء ماله في البحر ونحوه من ضروب الاتلاف وقد استدل على العصيان في التذكرة بان فيه تضييع المال المنهي عنه شرعاً (وفيه) ان حفظ المال غير الحيوان انما يجب على مالكة لا على غيره وانما وجب في الحيوان لكونه ذا روح يشأ فدلله العقل والاجماع على الظاهر وقد حكاه في الرياض كما سمعت وفي موضع آخر قال فعل مكروهاً (وبق شي) عن استعمال الوديمة للحفظ فامتنع حق فسدت يكون فعل حراماً وفي موضع آخر قال فعل مكروهاً (وبق شي) وهو ان هذا المالك سقيه يبطل ابداعه الا ان يقال باشتراط حكم الحاكم في منعه من التصرف كما هو المختار في محله او يقال بانه يصح ابداعه وان كان سفياً او يكون جاهلاً ومعدوراً هذا والضمان ظاهر اطلاق اللمعة لوجوب حفظ المال عن التلف وفي حكم النفقة ما يفتقر اليه من الدواء والحل وغيرهما قيل وفي حكم الحيوان الشجر المفتقر الى الحرث وقد عرفت الحال (قوله) ﴿ ويضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر اليه او طرح الاقمشة في المواضع التي تعفنها او لم يعرض الذي يفسده الدود للربح ولو لم يندفع الا باللبس وجب الا مع نهي المالك ﴾ قال في التذكرة يجب على المستودع دفع مهلكات الوديمة وما يتقص ماليتها اذ الحفظ واجب ولا

ولو امر خادمه بالسقي والعلف لم يضمن لاعتياده " متن "

يتم الا بذلك فلو استودع ثياب صوف وجب على المستودع نشرها وتزهر بها للريح بمجرى العادة لئلا يفسدها الدود ولو لم تندفع الابان تلبس وتبقى بهارحة الا دمي وجب على المستودع لبسها فان لم يفعل ففسد بترك اللبس او تعرض الثوب للريح كان ضامناً سواء امره المالك او سكت عنه اما لو نهاه عن النشر وفعل ما يحتاج اليه الحفظ فامتنع من ذلك حتى فسدت فعل مكروهاً ولا ضمان عليه . وانه قال اكثر الشافعية ولهم وجه آخر ان عليه الضمان هذا ان علم المستودع بذلك فان اودعه صندوقاً مقفلاً لا يبرأ فيه . لم يضمن اجمالاً لعدم التفريط وانتقاء التقصير منه وعدم الضمان مع نهي المالك لو اهمل اللبس فيما يفتقر اليه صرح في التحرير والمسالك وهو قضية عبارة الكتاب ولا ريب انه يجوز له فعله حفظاً للمال وقضية عبارة الشرائع والتحرير والارشاد والكتاب وغيرها حيث قالوا ويضمن لو ترك نشر الثوب المفتقر اليه انه يضمن لو تلفت او فسدت بسبب آخر كالسرقة ونحوها كما هو الفاضل في باب وقضية قوله في التذكرة ولو لم يفعل ففسد بترك اللبس كان ضامناً خلاف ذلك وهو انها لو فسدت من التزهر بسبب آخر لم يضمن وقضية اطلاق الجميع ترك الضمان على التلف بالترك وان غفل او نسي او جهل وسيصرح به المصنف وغيره في الحامض فيما اذا نسي او جهل واعلم لانه سبب فلا يحتاج الى العم اد كل من اتلف مال غيره نسياناً فهو ضامن ويمكن ان يكون الوحوب والضمان مترتين على العلم والتقصير سداً لان الامين عبر ضامن نصاً واحكاماً خرج ما ثبت بالدليل من اجماع وغيره وهو العائد الخائن التالف مصداً للابسل وعدم تكليف الغافل وعدم صدق الحيانة والاتلاف ويسمى قوله فيه مع اليمين والظاهر ان المندرج في التفريط والتقصير كما يأتي بيانه عند تعرض المصنف له وقد عرفت حال هذا التحصن الذي ينهى عن فعل ما يحتاج اليه وانه سفيه وعرفت انه قال في التذكرة في بحث الابداع فيما لو نهاه المالك فاهمل حتى فسدت ان الاقرب انه فعل محرمًا فكان كلامه في التذكرة في بحث دفع المهلكات غيره في بحث الابداع فكان صاحب جمع المقاصد لم يتبع كلامه في المقامين ومثل طرح الافشاة في المواضع التي تعفها وضع الكتب في المواضع التي عسدها بالدواوة او شدة الحر ولو وضعها فيها اي المواضع التي تفسدها مدة يقطع فيها بعده الضرر عازماً على نقلها قبل الفساد جاز على تأمل لانه ليس محرز عادة ولو افتقر فعل ذلك الى اجرة فالحكم فيها كالنقطة (قوله) ولو امر خادمه بالسقي والعلف لم يضمن لاعتياده . هذا معنى قوله في الشرائع يجوز ان يسقيها نفسه او ملامه اتباعاً للعادة وهو المراد من قوله في الارشاد بحث سقي الدابة وعلفها بنفسه وعلامه وقوله في التحرير و اودع غلامه او صاحبه الدابة او سقيها فالاقرب عدم الضمان والاصل في ذلك كلام السبوط ومنه يفهم المراد من هذه العبارات ومذلك يظهر لك ما في جامع المقاصد والمسالك قال في المبسوط وان سقاها فلا يخلو اما ان يسقيها في بيته او في حيز بيته فان كان قد سقاها في بيته نظرت فان كان سقاها نفسه فقد زاد حيزاً وبالغ في حفظها وان امر غيره من ماله سقاها الغير حاز ولا ضمان عليه لان العادة جرت بان الانسان لا يسقي الدابة نفسه وان اخرحها من داره وسقاها في غيره فلا يخلو الى آخر ما قال وقد زاد في التذكرة زيادة قال اذا تولى المستودع السقي والعلف بنفسه او امر به صاحبه او غلامه وكان حاضراً لم تزل يده بذلك فكان حاصل كلام السبوط وما وافقه انه يجوز مباشرة الغلام والصاحب لذلك مع كونها في بيته لم تزل يده عنها مع كونه اميناً بمعنى انه يوثق به انه لا يخالف ما امر به مالياً وحاصل ما في التذكرة انه يجوز مباشرة لذلك مع حضور المستودع عنده مطلقاً على قيامه بما يجب معي باقية في يد المستودع وعليه لافرق بين وقوع ذلك في المنزل وخارجه ولعلمهم ارادوا ما في التذكرة لكن لا باعث عليه الا ما اطبقوا عليه كما في المسالك من انه لا يجوز ابداع الودعي مع الامكان وهذا في معناه (وفيه) انه في التذكرة قرب عدم الضمان فيما اذا اخرجها من يده وبمعناها على يد الخادم وكان اميناً اقضاء العادة بالاستنابة في ذلك وقرنه في جامع المقاصد ايضاً ومال اليه المقدس الاردبيني فكانت المادة مخصصة للقاعدة ثم ان امره لعلامه بسقيها وعلفها في منزله وهو غير حاضر

ولو اخرجها من منزله للسقي مع امن الطريق او خوفه ضمن الام مع الضرورة كعدم تمكنه من سقيها وعلفها فيه وشبهه (الرابع) المخالفة في كيفية الحفظ فلو عين له موضعاً للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه ويضمن لو نقل الا الى ما هو احرزاً ومساو على رأي « متن »

مشاهد ليس من ابداع الغير في شيء وليس وضع الغلام او صاحب العلف او السقي لها في غيبته في منزله محرماً موجبا للضمان على ان ارادة ما في التذكرة قد يتنافى على الظاهر قولهم بعد ذلك ولا يجوز اخراجها من منزله لذلك الام مع الحاجة ولذلك لا يصح ما في جامع المقاصد والمسالك من تقييد عبارة الكتاب والشرائع باحد امرين اما بما اذا كانت في يده او بما اذا كانت امينا ولا يصح لقائل ان يقول انا نبي عبارات ماعدى المبسوط والتذكرة على اطلاقها من ان الايداع انما يجري به في الحفظ على مقتضى العادات ومقتضى العادة جواز تولي الغلام ذلك سواء كان المستودع حاضراً عنده ام غائبا في المنزل وغيره امينا كان او لا نعم هذا يتم فيمن لا يتعاطى مثله بنفسه لان ايداع مثل هذا الشخص رضا بذلك وتجوز له ولذلك قيل ان ما في الكتاب وغيره في المقام مخصوص بمن يتولى ذلك بنفسه واما غيره فلا ضمان عليه قطعاً حتى ذلك في التذكرة عن بعض الشافعية وفي جامع المقاصد انه لا يخلو من وجه وفي المسالك انه ضعيف وهو غريب لان تكليف مثل هذا الرجل الفقيه الجليل بسقي حمار يقوم به بعض خدمته وتلامذته بل لا يدعونه ان يفعلوه ان اراده تكليف شاق يخالف لقواعد التسريعة ساد لقبول الودعة التي هي من الامور العامة اللوى والبلية وكذلك الشأن في جميع صور الايداع في جميع الامور التي هي من هذا القبيل ونحوه كما بيناه آنفاً هذا وان اراد في التذكرة بالامين ما قلناه آنفاً فذاك وان اراد العدل صعب الامر (قوله) ولو اخرجها من منزله للسقي مع امن الطريق او خوفه ضمن الام مع الضرورة كعدم تمكنه من علفها وسقيها فيه وشبهه كما هو حاصل ما في المبسوط وقضية كلامهما انه لا فرق بين كون العادة مطردة بالاخراج لذلك وعدمه ولا بين كونه متولياً لذلك بنفسه او غلامه مع صحبته له وعدمه لان النقل تصرف وهو غير جائز وقال في الشرائع لا يجوز اخراجها من منزله لذلك الام مع الضرورة كعدم تمكنه من سقيها او علفها في منزله وشبه ذلك من اذ عذار ونحوها ما في الارشاد ولا يخرجها من منزله للسقي الام مع الحاجة ونحوه ما في التحرير ويمكن تقييد عبارة الشرائع والارشاد بعدم الامن لانهما ترك فيهما التصريح بعدم الجواز عند الامن او عدم العادة وعبارة الكتاب بعدم العادة وتقييد الحاجة في عبارة الارشاد وكذا الشرائع بالتسديدة التي لا يمكن فيها تأخير السقي الى وقت آخر فتدبر قال في التذكرة اذا اجتاج المشدود الى اخراج الدابة لعلفها او سقيها جاز له ذلك لان الحفظ متوقف عليه ولا ضمان ولا فرق في ذلك بين ان يكون الطريق آمناً او مخوفاً اذا خاف التلف بترك السقي واضطر الى اخراجها وان اخرجها من غير ضرورة للعلف والسقي فان كان الطريق آمناً لا خوف فيه وامكنه سقيها في موضعها فالاقرب عدم الضمان لاطراد العادة بذلك وكأنه اراد قوله واضطر ان خوف التلف بترك السقي اكثر من خوف تلفه في الطريق الذي يمكن وقوعه وعدمه وان التأخير الى وقت اخر يزيد في الضرر والا فلو كان اقل ضرراً وخطراً لم يكن مضطراً فتأمل وفي جامع المقاصد ان ما في التذكرة قريب وفي تعليق الارشاد انه قوي ومال اليه او قال به المقدس الاردبيلي لاطراد العادة بذلك والحفظ انما ينزل على الامور المطردة في العادة (قوله) (الرابع) المخالفة في كيفية الحفظ فلو عين له موضعاً للاحتفاظ وجب الاقتصار عليه ويضمن لو نقل الا الى ما هو احرزاً ومساو على رأي (قوله) اذا اودعه شيئاً فيه اقسام ثلاثة (الاول) ان يودعه ولا يعين له موضعاً يحفظها فيه فان المودع يحفظها في حرز مثله فان وضعها في حرز ثم نقلها الى حرز مثله جاز ولا ضمان سواء كان مثل الاول او دونه لان المودع رد ذلك الى حفظه واجتهاده (الثاني) ان يعين له موضعاً فيقول له احفظها في هذا البيت مثلاً ولم يبينه عن غيره فان كان البيت ملكاً لصاحب الودعة عيناً ومنفعة او منفعة

فان تلفت بالنقل اليه كانه دمه ضمن « متن »

لم يجوز له نقلها مطلقاً لانه ليس بمستودع في الحقيقة وانما هو وكيل في حفظها فليس له اخراجها من ملك صاحبها وان كان الموضع ملكاً للمستودع كذلك فان نقلها الى ما هو دونه في الخرز ضمن قطعاً كما في التحرير واجماعاً كما في المسالك والغنية فيما حكى عن الاخير لان فيما عندنا من نسخة سقطا في المقام وبه صرح في المبسوط والسرائر وما تأخر عنهما مما تعرض له فيه وان نقلها الى مثله في المبسوط والتذكرة انه لا يضمن لان تعيينه البيت انما افاد تقدير الخرزية فقط وليس الغرض تعيينه فانراد ما كان في هذه المرتبة كما كان تعيين الخنطة في الاحارة وهذا الراك دالاً على جواز المساوي والادون وفي المختلف والابحار وحامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والرياض انه يضمن وهو خيرة كل من قال بالضمان في النقل الى الاخرز كما سسمع وظاهر الشرائع والتحرير التردد واستندوا في مخالفة الشيخ الى ان المتبادر من التعيين هو الواجب وان ما استند اليه الشيخ من ان التعيين انما افاد تقدير الخرزية الى آخره غير محل النزاع ولذلك قال في جامع المقاصد لا ريب ان الانتقال الى المساوي غير ظاهر لثبوت المخالفة (قلت) وفي كون ما ذكره غير محل النزاع تأمل وان نقلها الى الاخرز فظاهر الابحار والاحكام على عدم الضمان حيث حمل الخلاف في المساوي وحكى مثل ذلك في جامع المقاصد عن الشهيد وقال انه ظاهر السيد العميد وحكى في المسالك عن جماعة الاحماع الى حواز نقلها الى الاخرز وقال ان شراح عبارة القواعد المتقدمين صرحوا بان الخلاف في المساوي خاصة وقال في جامع المقاصد خرج الشراح وتبينوا التهيد في حوازيه بان الرأي في المساوي وهو الظاهر من السيد العميد وعبارة الشرائع والارشاد تهيد بذلك فعلى هذا النقل الى الاخرز جائز ولا ضمان به قولاً واحداً على ما يفهم من كلامهم انتهى وقال ايضا ان اللان من كلام جمع من الاصحاب انه لا خلاف في الاخرز وقال ايضا ان الذي يقتضيه النظر الضمان مطلقاً والمنع من النقل الا ان القول به موقوف الى وجود الموافق (قلت) كأنه مبلحط النافع وفي المفاتيح انه مذهب الاكثر بل كاد يكون اجماعاً وفي الرياض انه مذهب الاكثر وان ظاهر عبارة الحلبي التي حكيت انه اجماع عليه وهو غير ريب يفهم حوازه من صريح عبارة السرائر في موضعين منها ومن مفهومها من اخر وليس فيها جميعاً (حمية ساحل) اجماع وهو حيرة المبسوط حيث حوز النقل الى المساوي وصريح الشرائع والتذكرة والارشاد والابحار والرياض هذا ما وجدناه ووجهه بعد ما عرفت ان هذه الاولوية عرفية وهي حجة في ابواب الفقه واختلاف الاراض مع الجهل بان المقصود من التعيين هو الخصوصية غير قاذح كيف لا ومرامته في عدم الاخذ بها في المسئلة يوجب اسداد اثبات الاحكام الشرعية بها في غيرها بطريق اولي بالضرورة وبذلك يقرر له انه لا حماة كما قاله شيخنا في الرياض والمبطل والضمان فيما نحن فيه اي النقل الى الاخرز ظاهر المباهة والتبصرة وموضع آخر من السرائر هو انفق للغنية حيث قال فيهما او حالف مرسوم صاحبها على ما فهمه المحقق الثاني من هذه العبارة وهو صريح النافع وحواشي الشهيد على ما وجدناه وحكام عنها التهيد الثاني وتعليق الارشاد والروضة وجمع البرهان وكذلك المسالك وكأنه ميل اليه في التحرير وابحار النافع عملاً بمقتضى التعيين ومنع دلالة الموافقة هنا فان الاراض تختلف في مواضع الحفظ اختلافاً كثيراً من غير التفات الى كون بعضها احفظ من بعض والاحماع ممنوع بل لان ظاهر جماعة من الاصحاب منع التخطي مطلقاً وانت قد عرفت احوال وتفسيرهم بمفهوم الموافقة مسامحة او اصطلاح وبأني الكلام في القسم الثالث وهو ما اذا عين الموضع له ونهاه عن نقله عنه (قوله) فان تلف بالنقل اليه كانه دمه ضمن كما في التذكرة قال ولو كان التلف بسبب النقل كما لو انهدم عليه البيت المنقول اليه فانه يضمن لان التلف هنا جاء من المخالفة وفي التحرير بعد ان استشكل في عدم الضمان في النقل الى الاخرز والمساوي قال ويقوى الاشكال لو تلفت بالنقل كانه دمه البيت المنقول اليه وفي جامع المقاصد ان المحقق بضمانه بتلفها بانهدام المنزل المنقول اليه مع تجوز النقل مما لا يجدها فان النقل ان استفيد الاذن فيه من

ولا يجوز نقلها الى ادون وان كان حرزاً الا مع الخوف في ابقائها في الاول وعدم تمككه من المساوي ولو نهاء عن النقل من حرز معين ضمن بالنقل الى الآخر والمساوي الا ان يخاف تلفها فيه ولو قال وان تلفت « متن »

كلام المودع فلا ضمان والا ثبت الضمان مطلقاً ومثل ذلك ما في المسالك والرياض مع زيادة وهي نسبة القول بالضمان الى المصنف بمطلق التلف مع انه خصه بتلف مخصوص (ونقيح البحث) ان المصنف اراد ان ينبه على انها لو تلفت لا بسبب النقل كالموت فانه لا يضمن لانه فعل سائق لم يستعقب تلفاً ظاهراً بسببه بخلاف التلف بالانهدام فانه بانهدامه ظهر انه ليس مساوياً ولا اخرز فلا يكون صالحاً للنقل فلا اذن من المودع في الواقع ومثله مكثري الدابة للركوب لو ر بطها في بيت او اصطبل فانت لم يضمن وان انهدم ضمن لانه تبين انه فرط في ر بطها فيه حيث لم يراعه وبقى الكلام فيما اذا سرقت او غصبت من ذلك البيت المتقولة اليه ففيه وجهان (قوله) ❁ ولا يجوز نقلها الى ادون وان كان حرزاً الا مع الخوف في ابقائها في الاول وعدم تمككه من المساوي ❁ كما في التذكرة والتحرير والمسالك والروضة لان التعمين انما فاقد تقدير الحرز بقاذا تعذر الشخص (الشخصي خ ل) وجب الانتقال الى المساوي او الآخرز واطلق في المبسوط والشرائع والنافع والارشاد واللمعة وجمع البرهان والمفاتيح فلا تقييد فيها بعدم تمككه من المساوي ولعله لان التعمين قد زال وصاغ النقل للخوف فيتخير المستودع حينئذ لانه يكون كما لم يعين وقضية كلام الاولين انه لو تمكن من المساوي او الآخرز ضمن مطلقاً وفصل في التحرير فقال ان تمكن ولم يكن حرز مثلاً ضمن وان كان حرز مثلاً ففي الضمان اشكال فتأمل وقضية كلام التذكرة انه يراعي الآخرز فان تعذر فالمساوي فان تعذر فالادون وقد تشعر بذلك عبارة المسالك والخوف بتحقيق العلم او الظن المتأخّر له او مطلقاً ولو شك او توهم الخوف فنقل ضمن وقد تقدم الكلام فيما اذا نقلها الى الادون من دون خوف ونحوه (قوله) ❁ ولو نهاء عن النقل من حرز معين (فنقل خ) ضمن بالنقل الى الآخرز والمساوي ❁ عندنا كما في التذكرة ولا يجوز نقلها الى غيره وان كان اخرز اجمالاً كما في النقيح والمسالك وبلا خلاف كما في الرياض وبه صرح في المبسوط وغيره ووجه ظاهر وهذا هو القسم الثالث الذي وعدنا به فيما سلف (قوله) ❁ الا ان يخاف تلفها فيه ولو قال وان تلفت ❁ اي لا يضمن ان نقلها اذا خاف تلفها فيه وان قال له لا ننقلها وان تلفت كما هو خيرة الشرائع والتذكرة والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان وفي التذكرة ايضاً وما يأتي من الكتاب وجامع المقاصد وتعليق الارشاد وجمع الدرهان انه لا يضمن سواء نقلها ام لم ينقلها للاصل في الثاني وهو ما اذا لم ينقل ولان المالك قد يعرض عن ماله ولا يجب على الغير حفظه والسعي فيه اذ ليس ذلك باقل من الاعراض وهو مثل النهي عن نشر الثوب واللبس اللذين لتلف الوديعة بتركهما وفي المبسوط ان الاقوى انه يضمن لانه يلزمه حفظها وكان الحفظ في نقلها وفي التحرير في عدم الضمان اشكال ولعل الشيخ فهم من النهي ان الغرض نوع من الصيانة والاحتياط (وليعلم) انه على تقدير ان الغرض الاعراض تكون بعد النقل امانة شرعية وعلى تقدير ارادة الصيانة والمبالغة في الحفظ تكون وديعة ووجه عدم الضمان اذا نقل عند الخوف وان قال له لا ننقلها بعد الاصل ان النقل جائز وهو محسن مبالغ في الحفظ والصيانة والاصلاح او واجب عليه كما هو احد قوليه في التذكرة وخيرة المبسوط والكتاب فيما يأتي وجامع المقاصد والمسالك وهذا يقضي بان الغرض من النهي عن النقل ولو مع خوف التلف نوع من الصيانة والاحتياط لان ذلك اهمال له واعراض وقضية ذلك انه يضمن وان قال له لا ننقلها وان تلفت كما مر عن المبسوط وقال المحقق الثاني والشهيد الثاني في المسئلة وفيما يأتي انه ان نهاء او لم ينبه قال له في الاول وان تلفت او لم يقل انها وديعة يجب حفظها لكنه لا يضمن حيث يقول له وان تلفت لان التلف المستند الى عدم النقل مستند الى المالك لانه على وفق قوله ولم يلتفتا

ولو عين له حرزاً بعيداً عنه وجبت المبادرة اليه بما جرت العادة فان آخر متمكناً ضمن ولو وضعها فيما عينه له فخاف من غرق او حرق وجب نقلها الى حرز غيره فاذا تركها والحال هذه ضمنها سواء تلفت بالأمر المخوف او بغيره ولو قال لا تنقلها وان خفت فتقلها من غير خوف ضمن ولو نقلها مع الخوف او تركها لم يضمن كما لو قال اتلفها ولو ادعى الناقل عن المعين السبب كالفرق فأنكر المالك احتمل تقديم قول المالك لامكان اقامة البينة وقول الودعي لأنه أمينه «متن»

الى المراد من قوله وان تلفت هل هو الاعراض او هو نوع من الحفظ مبالغة فيه وبأني الكلام المتقدم في المنقول اليه من اشتراط كونه مساوياً او احرز وعدمه (قوله) ﴿ولو عين له حرزاً بعيداً عنه وجبت المبادرة اليه بما جرت العادة فان آخر متمكناً ضمن﴾ كما في الشرائع ونحوه ما في المبسوط والشعير والتذكرة والارشاد والمسالك ومجمع البرهان فلو امره بوضعها في البيت وكان في الدكان فانه يلزمه في الحال ان يحملها الى البيت ولا يبعد وبلى يمشي على حسب عادته ويدق الباب على جاري العادة وان لم يحملها حين الاحذ واحر عن المبادرة مع التمكن منها وان قل ضمن كما صرح به في المبسوط وغيره لان الواجب عليه وضعها وبما عينه له وذلك شامل لجميع اجزاء الزمان الذي يكون فيه مستودعاً فلزم وجوب المبادرة الى وضعها فيه واما ان الماددة بمعنى عدم التأخير وعدم المدد وفي المشي انما تحب على جاري العادة فلان الاطلاق انما يحمل على الامور المتعارفة في العادة فلا يجب عليه المدد والركض ولا يجوز التأخير الخارج عن العادة الزائد عن المتعارف وقد يعطى كلام المبسوط وغيره بما قيد بالامكان انه لا يجوز التحير لاستكمال وطره وحاحته من بيع او شراء او تدريس او اكل او حمام مما ليس ضرورياً فليتأمل وهل يبقى الضمان مع عدم المبادرة وان وضعها بعد ذلك في المعين وجهات ويراد بالتتمكن هنا ما يعم الشرعي والعقلي وقد مثل الشرعي بما اذا كان في وقت فريضة وقد خاف بحيث تستلزم المبادرة فواتها (قوله) ﴿ولو وضعها فيما عينه له مخاف من غرق او حرق وجب نقلها الى حرز غيره فان تركها والحال هذه ضمن سواء تلفت بالأمر المخوف او بغيره﴾ الفرض من هذه العبارة انه لو وضعها فيما عينه له سواء نهى عن نقلها وقال وان خفت تلفها لا لنقلها او لم يقل او لم يبه وعرض احدى الحالات وامكن النقل ضمن لانه معرط في الحفظ اذ الظاهر انه قصد بالتعيين او النهي عن النقل نوعاً من الصيانة والاحتياط لا انه قصد بالاسمي الاعراض فاذا عرضت هذه الاحوال فالاحتياط في النقل لانه مأمور بالحفظ الذي لا يتم الا بالنقل فاذا لم ينقلها كان مفترطاً ضماناً لها سواء تلفت بالمخوف ام بغيره ويدخل في اطلاق العبارة ما اذا نهى عن النقل وان تلفت كان قال له لا تنقلها وان خمت تلفها علماً او ظناً لكنه لما ذكره بعده عرفنا انه لم يرد منها (قوله) ﴿ولو قال لا تنقلها وان خفت فتقلها من غير خوف ضمن﴾ يدل عليه الاولوية ما تقدم من الاحصاء المعلوم والمنقول في التفتيح والمسالك (قوله) ﴿ولو نقلها مع الخوف او تركها لم يضمن كما لو قال اتلفها﴾ هذا ما اخرج المصنف من اطلاق العبارة المتقدمة وقد تقدم الكلام فيه مستوفى ولعل فيه ثمانية التكرار وقد كان يمكن الاختصار ولعل ظاهر كلامه في المقامين انه لم يقصد بالنهي عن النقل وان خاف التلف الاعراض لكن التشبيه قد يقتضيه لكن الظاهر انه لا يخفى في الواقع من احد امرين اما الاعراض او الاحتياط في الحفظ والصيانة والاحتياط كما مر واحتمال خلوه عن احدهما كالحاج والعناد بعيد جداً (قوله) ﴿ولو ادعى الناقل عن المعين السبب كالفرق فأنكر المالك احتمل تقديم قول المالك لامكان اقامة البينة﴾ هذا خيرة المبسوط والتذكرة لان المستودع ادعى امراً ظاهراً لا يخفى كالحريق والنهب والفرق فيمكن اقامة البينة عليه بخلاف السرقة والنصب والتلف في يده فانها امور خفية يقبل قوله فيها مع يمينه (قوله) ﴿وقول الودعي لانه أمينه﴾ ولانه محسن فلا سبيل عليه ولانه انما قبض لمحض مصلحة المالك فلا يناسب عدم قبول قوله ليمينه ولان عدم

ولو امره بالوضع في المنزل فوضعها في ثيابه ضمن ولو قال بضعها في كحك فوضعها في جيبه لم يضمن لأنه احرز ويضمن بالعكس ولو قال اربطها في ثوبك فجعلها في يده احتمل الضمان لكثرة السقوط من اليد وعدمه لأنها احفظ من الطرار بالبط اما لو استرخى بنوم او نسيان فانه يضمن فان ربطها امثالاً له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن لأنه اغراء للطارر ولا يضمن لو جعله من داخل « متن »

نقدم قوله بفضي الى تنغير الامناء من الوديعة فربما ادعى الى تعذر حصولها وان امكان اقامة البيئة لا يستلزم توقف القبول على اقامتها كما في دعوى التلف وقد اختاره في المختلف وقواه في جامع المقاصد بل في المختلف انه اشهر واعلم استند في دعوى الاشهرية الى اعمومات النص والفتوى فقد روي في الفقيه في الصحيح عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام ورواه نقة الاسلام والتبج في الحسن الذي هو كالصحيح عن حماد عن الحلبي عن ابي عبد الله عليه السلام قال صاحب الوديعة والبضاعة مؤتمنان وهو باطلاقة شامل للفرق وغيره كاطلاقات الفتاوى والا فلم نجد من افق به قبله في خصوص الفرض غير الشيخ في المبسوط مخالفاً له (قوله) ولو امره بالوضع في المنزل فوضعها في ثيابه ضمن ﴿ ﴾ كما في التحرير والتذكرة مع زيادة قيد في الاخير وهو انه خرج بها بعد وضعها في ثيابه ولا فرق في ذلك بين ان يربطها في ثيابه ويحكم شديداً او لا لان البيت احرز لها ولو اودع في البيت ولم يقل له شيئاً خرج بها مر بوطه في ثيابه احتمل عدم الضمان لانه احرز عليها بالتد والربط وذلك حرز مثلها ولم ينص على حرز بعينه (قوله) ﴿ ﴾ ولو قال بضعها في كحك فجعلها في جيبه لم يضمن لانه احرز ﴿ ﴾ كما في المبسوط والسرار والتذكرة لانه ربما سبي فسقط الشيء من كحه وفي جامع المقاصد انه يضمن بناء على ما حققه من انه لا يجوز النقل الى الاحرز اذا عين المودع موضعاً وفي التحرير ان جعلها في جيبه الباطن لا يضمن وان جعلها في الظاهر ضمن وفي التذكرة لو انكس ضمن لا محالة فتأمل (قوله) ﴿ ﴾ ولو قال اربطها في ثوبك فجعلها في يده احتمل الضمان لكثرة السقوط ﴿ ﴾ هذا هو الذي يقوى في نفس الشيخ وابن ادريس ويندرج تحت قوله في الغنية او حالف مرسوم صاحبها وهو خيرة التذكرة وفي جامع المقاصد انه قوي لمكان المخالفة وحرزية الكم لان الانسان قد يسهو ويغفل فتسقط من يده وفي التحرير لو قال اربطها في كحك فجعلها في يده فاخذها فأنام فالاقرب الضمان وفي المبسوط والسرار والتذكرة فرضت المسئلة فيما اذا قال له اربطها في كحك فجعلها في يده كالتحرير ومما بمعنى (قوله) ﴿ ﴾ وعدمه لانه احفظ من الطرار بالبط ﴿ ﴾ لان اليد احرز من الكم لان الطرار يأخذ من الكم ولا يتمكن من الاخذ من اليد وهذا احد التقنين عن التافعي وحمله بعض اصحابه على ما اذا امسكها باليد بعد الربط بالكم لان كون اليد احفظ انما هو في حال اليقظة اما مع الغفلة والنسيان فلا وذلك من الامور اللازمة فكانت ادون في الحرزية ويكفي على هذا التعليل انها لو تلفت باخذ غاصب لا يضمن ويمكن دفعه بادنى تأمل وقد سمعت ما في التحرير (قوله) ﴿ ﴾ اما لو استرخى بنوم او نسيان فانه يضمن ﴿ ﴾ اي حيث يأمره بالربط في الثوب فيضعها في اليد فيسترخي لانها لو كانت مر بوطه بالكم ما ضاعت بهذا السبب فالتلف حصل بسبب المخالفة (وفيه) انه اذا كان جائزاً فلا تقصير فلا ضمان وقد يقال ان اليد ليست حرزاً الا في حال اليقظة لان ما فيها يضيع بالنسيان والبسط وما في الكم لا يضيع بهما فاذا حصل الاسترخاء بنوم ونحوه زالت الحرزية وجاء الضمان (قوله) ﴿ ﴾ فان ربطها امثالاً له وجعل الخيط الرابط من خارج الكم ضمن لانه اغراء للطارر ولا يضمن لو جعله من داخل ﴿ ﴾ اذا ربطها في كحه بامر المالك فان جعل الخيط الرابط خارج الكم فاخذها الطرار ضمن لان فيه اظهار الوديعة وتبويه الطرار على ما يمكن بصده حيث اعد له الفرصة بسهولة القطع والحل عليه وان ضاع بالاسترسال والتخلل العقد لم يضمن اذا احتاط في الربط وقوة الشد لانها اذا انحلت بقيت الدراهم في

و يو نقل من صندوق الى صندوق والصناديق للمالك ضمن ولو كانت المستودع فهي كاليوت
ولو امره بجعلها في صندوق من غير قفل قفل عليه. لم يضمن ولو قال اجعلها في هذا البيت
ولا تدخله احدا فادخل قوما ضمن سواء سرقت حال الادخال او بعده سرقتها من دخل
البيت او غيره ولو قال اجعل الخاتم في الخنصر فجعله في البنصر لم يضمن بخلاف العكس "متن"

الكم وان جعل الخيط الربط داخل الكم انعكس الحكم فان اخذه الطرف لم يضمن وان سقط بالاسنة وسال
ضمن لان العقد اذا انحل تناثر الدراهم وقد يقال ان المأمور به مطلق اثره فاذا اتى به وجب ان لا
ينظر الى جهات التلف بخلاف ما اذا عدل عن المأمور به الى غيره فافضى الى التلف وقضية هذا التفصيل
انه اذا قال له احفظ الودعة في هذا البيت فوضعتها في زاوية منه فانهدمت ضمن لانها لو كانت في زاوية
اخرى سلمت وان هذا بعيد ويمكن الفرق (قوله) ولو نقل من صندوق الى صندوق والصناديق للمالك
ضمن كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد لان المالك وضعه قد عين احرز فاداه حالف
المستودع كان تصرفا غير مأذون فيه فيضمن وان كان احرز لان في ذلك تغييرا لحال الودعة الا مع الخوف
والحاجة الى النقل بل في التحرير انها في الحقيقة وكالة لا استيداع وما عرفت بطهر الفرق بين كم
الصناديق للمالك او المستودع وكذلك لو كانت الصندوق المنقول منه فقط للمالك ومثل الصندوق الطرف
واخر يطة (قوله) ولو كانت المستودع فهي كاليوت كما في التحرير فان كان النقل الى ادون في الحرز
ضمن وان كان الى مثله او احرز فاخلاف ووجهه في التذكرة بان له تقرير ملكه لا يضمن الحفظ مما وضعه
فيه فجاز له النقل وهو قد بقضي بجوازه الى الادون ولو قال هنا كما قال في التحرير ولو نقل من صندوق الى
صندوق فالتفصيل فيه كما في البيوت لكان اوجز واجود (قوله) ولو امره بجعلها في صندوق من غير
قفل قفل عليها لم يضمن كما في المبسوط والتحرير لانه زادها حرزا فكان كما لو قال له اطرحتها في صحن
دارك فادخلها في البيت وقفه قال في المبسوط ومن الناس من قال يلزمه الضمان لانه نبه عليه اللصوص بان
فيه مالا وردته بانه لو قال بلعنه ان فيه مالا لم يضمن فبالاوى ان لا يضمن بالنسبة (قلت) قد يجي على
هذا انه لو قيل له هل اقلان عندك وديعة فاحبره فسرقتها السائل ان الضمان وهو ذلك كما سياتي من انه لو
اخبر السارق بالوديعة لا يضمن مان عينه مع ضمن وقد يقال ان كتمه من حطبها فاذا اخبره فقد ترك
الحفظ واولى منه ما اذا قال له لا تخبر بوديعة احد فخالف واخبر غيره فسرقتها المحرر من اخبره فانه يضمن
كما ياتي مثله لافشاء الاخبار الى السرقة وان تلفت بسبب آخر فتدبر (قوله) ولو قال اجعلها في هذا
البيت ولا يدخله احد فادخل قوما ضمن سواء سرقت حال الادخال او بعده سرقتها من دخل البيت او
غيره لو امره بالحفظ في بيت معين ونهاه عن ان يدخل اليه احد او نهاه عن الاستعانة بالحرس فخالف
فان حصل التلف بسبب المخالفة بان سرقتها الذين ادخلهم او الحرس ضمن قطعاً كما في التذكرة وبه صرح
في التحرير وجامع المقاصد واستشكل في التذكرة فيما لو سرقتها غير الداخلين والخارجين او تلفت بحرق
او غرق من التفريط بالمخالفة ولولا لم نضمن بذلك السبب ومن حصول التلف بخبر سبب المخالفة ثم قوتى
الاول وهو الذي قرره في التحرير وهو ظاهر جامع المقاصد وليس ادخال قومه معتبراً في الحكم بل هو حار
في الواحد والظاهر اعتبار الشرط فيما اذا نقلها الى المساوي بل والى الاحرز (قوله) ولو قال اجعل
الخاتم في الخنصر فوضعه في البنصر لم يضمن بخلاف العكس كما في المبسوط والسرائر والتذكرة
والتحرير وشرط في الاخير في صورة الاحتمال ان يكون الخاتم متسماً ينزل الى اسفل قال وان كان خيفاً بقف عذ
الانملة ضمن وهو مراد في بقية العبارات وكذا اذا كان وضعه في البنصر مفضياً الى تلفه بالكمسر او القك

ولو لم يعين موضعاً وجب حفظها في حرز مثلها او اعلى ولا يضمن بالنقل عنه وان كان الى ادون ولو كانت في بيت صاحبها فقال له احفظها في موضعها فتقلها من غير خوف ضمن لامعه (الخامس) التضييع بان يلقها في مضية او يدل سارقاً او يقر بها لظالم او يسعى بها الى من يصادر المالك فيضمن ولو ضيع بالنسيان فالأقرب الضمان « متن »

فانه يضمن لو تلف وبنبغي التقييد في صورة العكس بما اذا كان يبلغ اسفل البنصر والا فاصل الخنصر اوثق منه وهذا كله مبني على ان النقل الى الاحرز عن المعين جائز اختياراً واما على القول بعدم جوازه الا عند الضرورة فلا يتأتى ذلك (قوله) ❁ ولو لم يعين موضعاً وجب حفظها في حرز مثلها او اعلى ولا يضمن بالنقل عنه وان كان الى ادون ❁ اي ادون من الاعلى لا ادون من حرز مثلها فانه ليس بحرز فالضمير في عنه راجع الى الاعلى وبالاحكام الاربعة صرح في التحرير وهو قضية كلام الاصحاب في مطاوي الباب اذا قصد بتقلها الحفظ والصيانة واما اذا قصد به مع ذلك الاستعمال بالتزوين وغيره فالظاهر انه يضمن وان كان النقل الى الاعلى قال في التذكرة فيما اذا اودعه خائفاً ولم يعين له شيئاً فان جعله في الخنصر لم يضمن ان قصد الحفظ لان الخنصر حرز مثل الخاتم وان قصد الاستعمال والتزوين به ضمن وهو احد الاحتمالين عند النافعية واما اذا قصد بالنقل التزوين فقط فلا ريب في الضمان عند علماء الاسلام (قوله) ❁ ولو كانت في بيت صاحبها فقال له احفظها في موضعها فتقلها من غير خوف ضمن لامعه ❁ تقدم الكلام في مثله غير مرة قال في جامع المقاصد لو كانت الوديعه في بيت مالها فقال له احفظها في موضعها لم يجوز له نقلها بحال وان كان الى احرز قولاً واحداً لانه ليس بمستودع في الحقيقة وانما هو وكيل في الحفظ وفي الحواشي ان فيه دققة وهي انه لا يشترط كون الحرز للمستودع حالة الابداع (قوله) ❁ (الخامس التضييع) بان يلقها في مضية او يدل سارقاً ❁ اي على مكانها قال في التذكرة ولو اخبر المستودع اللص بالوديعه فسرقها فان عين له الموضع ضمن لانه فرط في حفظها ولو لم يعين المكان لم يضمن انتهى وقد يقال ان مجرد اخبار السارق موجب لسعيه في معرفة مكانها واخذها فكان سبباً لتضييعها (قوله) ❁ او اقر بها لظالم ❁ كما في الغنية والسرائر وغيرها وظاهر الاول الاجماع عليه وقضيته ان مجرد الاخبار هنا يقتضي الضمان ولا يقتصر الى تعيين المكان ولا الى غيره واستجوده في جامع المقاصد وفرق بان الظالم اذا علم اخذها قهراً والسارق لا يمكنه الا اذا علم موضعها وقد سمعت الاحتمال (قوله) ❁ او يسعى بها لمن يصادر المالك فيضمن ❁ اي يأخذ امواله وامله كالمستغنى عنه لان المصادر ظالم والسعاية بها اليه اخبار وزيادة ونعم ما قال في التحرير او يسعى بها لظالم فتأمل القسمين (قوله) ❁ ولو ضيع بالنسيان فالأقرب الضمان ❁ كما في التحرير والايضاح وجامع المقاصد لانه فرط بالنسيان لقدرته على التكرار الموجب للتذكار والمشهور ان النسيان كالعلم مقدور ومعناه انه حصل تضييع الوديعه بسبب نسيانها كأن ترك نشر الثوب حيث يفسده الدود بتركه وسقي الدابة مع الضرورة وكذا احرازها ونحو ذلك (ووجه) عدم الضمان قوله عليه وآله الصلوة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان والمراد رفع الحكم مضافاً الى الاصل وانه امين فلا يضمن نصاً واجماعاً والمتيقن خروج العامد مع عدم صدق الخيانة والانلاف كما تقدم بيان ذلك الا ان نقول كما في جامع المقاصد قال ما حاصله المفروض انه ضيع بنسيانها فكان مفرطاً فكانت يده يد عدوان والعدوان موجب للضمان سواء عد مقصراً بالنسيان ام لا فان من وضع يده على مال الغير بغير حق او اتلفه نسياناً ضامن لا محالة (قلت) لك ان تمنع انه يقال له مضيع مفرط عرفاً وفرق بين الودعي المتلف نسياناً وغيره لان الاول دل الدليل على عدم تضمينه الا ما خرج به وقد يشهد له ما يأتي في المنكره والجاهل والغالط والخطي كالعامد عندهم في مثل ذلك ويبقى التأمل في

ولو سلمها الى الظالم مكرها استقر الضمان على النظام والاقرب انتفاؤه عنه وهل يجب عليه الاختفاء لو طلبه الظالم الاقرب ذلك ويجوز الحلف كذبا للمصلحة ويجب التورية على العارف " متن "

كلام جامع المقاصد فكأنه غير ملتزم لانه رتب الحكم تارة على التفريط واخرى على الاسباب والظاهر ان بناء الحكم عند عدم على التفصيل والتفريط كما هو صريح جماعة وظاهر حرين و ينعون كون الناسي غير مفترط بعد ما اشتهر عند ان النسيان مقدور ونحوه الناقل واحال في الغلط والمخطئ كما اذا اراد ان يشمر الثوب المستودع فغاط ونشر غيره فغلف فقامل وبناء الحكم على الاسباب مردود من وجهين لان اخبار الباب اخص منها ولم يعدوا مثلبا في باب الغصب اسبابا موجبة للدمان (قوله) ولو سلمها الى الظالم مكرها استقر الضمان على الظالم لان تلفها لو فرض وقوعه انما كان في يده (قوله) والاقرب انتفاؤه عنه اذا اخذها الظالم منه قهرا فاما ان يتولى اخذها بيده او علامه من يده او مكانه لو يأمره بدفعها اليه بنفسه فيدفعها اليه كرها فان كان الاول فلا ضمان عليه قولا واحدا وان كان الثاني فكذلك كما هو المشهور كما في المختلف والابضاح وشرح الارشاد لفخر الاسلام والاشهر كما في الرياض وخيرة السرائر والشرائع والنافع والمختلف والارشاد والممة وجامع المقاصد وايضاح النافع والروضة والكفاية والمنافع والرياض والمخالف ابو الصلاح فيما حكى عنه وابو المكارم والمصنف في التذكرة والقهرير قال في الغيبة في تعداد ما يوجب الضمان وكذا لو اقر بها لظالم يريد اخذها من دون ان يخاف القتل او سلمها اليه بيده او يأمره ان حاف ذلك وظاهره الاجماع عليه وقال في القهرير للمالك الرجوع على من شاء منهما (والوجه) في المشهور انه غير مقصور بيده بد امانة فلا ضمان لانتفاء مقتضيه والا كراه صير فعله ميسورا الى المكره ولا نه محسن فلا سبيل عليه اد التسليم باذن الشارع على ان قبضه انما كان لمصلحة المالك فلا يناسب تضمينه بغير عدوان على ما فيه من سد باب الودعة (ووجه) القول لاخر انه مباشر لتسليم مال الغير الى غير مالكه ولعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدّي وقد علمت غير مرة انه مخصوص بالامانات ولعل معنى ضمانه عند هاولا انه يجوز له الرجوع عليه وان استقر الضمان على الظالم ومعنى عدم ضمانه عند المشهور انه لا يجوز له مطالبته بالاخذ منه كما افصحت به بعض كلماتهم وكأن ما في المسالك بخالف ذلك فانه جعل معنى عدم ضمانه انه لا ينظر عليه بل يرجع بما غرم على الظالم وهو كما ترى حاله التحصيل وكيف كان انما ينبغي منه الضمان ان لم يكن سببا في الاخذ القهري بان كان سعى بها الى الظالم او اظهرها فوصل اليه خبرها مع مطنته (قوله) وهل يجب عليه الاختفاء لو طلبه الظالم الاقرب ذلك كما في القهرير والتذكرة والابضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة لقدرته على حفظها به الواجب عليه مطلقا فيجب ما يتوقف عليه ولو اتمل ذلك مع قدرته عليه ضمن ويحتمل عدمه لما فيه من الضرر ولعل الاولى التفصيل بين الكبير الخليل وغيره (قوله) ويجوز الحلف كاذبا للمصلحة ونجيب التورية على العارف قد نقل الاجماع في الغيبة على انه يجوز له ان يحلف ان ليس عنده ودعة ويورتي وظاهره ان كليهما جائزان وهو ظاهر السرائر والشرائع والنافع والارشاد والتحرير حبيب قبل في الاول له ان يحلف ويوري وفي الثاني يجوز ان يحلف مورا وهكذا البقية ولم يفرق فيها بين العارف وغيره ولعل مرادهم العارف وفي صريح الممة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والمنافع انه يجب عليه الحلف وهو ظاهر التبصرة والكفاية وصرح في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة انه يجب على العارف التورية وقد يظهر من الممة ذلك من دون تعرض للعارف وقد استدلل في جامع المقاصد والمسالك على وجوبهما بان جواز الحلف كذبا انما يكون حيث يتوقف حفظ الودعة عليه والحفظ واجب لان ذهاب مال المسلم اشد قبحا من هذا الكذب وان وجوب التورية على العارف للتعصي

ولو اكرهه عَلَى التسليم او اليمين فسلم ضمن ولو اكرهه عَلَى التسليم فسلم لم يضمن به فان تمكن من الدفع وجب فان اهل ضمن ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع « متن »

عن ارتكاب القبيح (قلت) وجوب الحلف حينئذ كأنه واضح الدليل ولا قبح فيه لا انه اقل قبحاً كما ستعرف والا لا تمتنع النسخ ولعل مراد من عبر بالجواز الجواز بالمعنى الاعم وان الغرض رفع الحجر والخطر لكن وجوب التورية عَلَى المعارف انما يتأتى عَلَى القول بان الكذب الواجب باق عَلَى قبحه (وفيه) انه اذا وجب الكذب واليمين لحفظ المعصوم . لا او المسلم مطلقاً كان واجباً صرفاً ونفعاً محضاً لا انه قبيح وضرر وجب ارتكابه لان كان اقل قبحاً واخف ضرراً كما قاله سلطان المحققين نصير الملة والدين والمحقق الثاني والشهيد الثاني لانه يلزم منه اجتماع الحسن والقبح والضرر والنفع والمدمح والذم والثواب والعقاب في شيء واحد شخصي فيلزم ان يكون في كذبه لا نقاذ المعصوم قد فعل محرماً يعاقب عليه وفعل واجباً يثاب عليه عَلَى ان سلطان العلماء انما التزم ذلك في جواب اعتراض من قال ان الكذب قبيح لانه فلا رد له بناء عَلَى ذلك الا بذلك (والجواب) عن التناقض بان القبح الذاتي لم ينعدم وانما عرض له شيء قوي عليه فالتى اعتباره كما في ملائم الطبع فانه قد يعرض له ما يشينه كالملشوق المطخ وجهه بالعدرة فان عاشقه ينفر عنه مع انه كان مشغوفاً به يرجع (١) الى الاعتبار ونحوه فقولم ان هذا الجزئي القبيح مندرج تحت كلي حسن فكان احدهما غير الآخر وما نراه من اعتذار الفاعل لذلك فانما هو باعتبار المحل الذي كان عليه فالقول بان الحسن والقبح يكونان بالذات وبالوجوه والاعتبارات هو الحسن ولعل من قال بوجوبها في الباب وغيره غير المحقق الثاني والشهيد الثاني اراد انها ان قدر عليها ولم يفعلها يكون قد اختار الكذب مع التمكن من الصدق لانه لا كذب مع التورية ومن قال بجوازها واستحبابها قال ان التارخ اوجب عليه الكذب والافضل له ان يوري بان يكذب ظاهراً وعند الظالم لا واقعاً (وكيف كان) فلا ريب في رجحانها في كل كذب اذا لم يجر اليه وقد فسرت في مجمع البرهان بان يقصد ما يمكن اطلاق اللفظ عليه بقرينة مجاز ان عرف وعلم وفسرت في كتب اللغة بان يكون اللفظ معنيين احدهما اشيع من الآخر فتنتطق وتريد الخفي ومثلت في الروضة بان يقول والله ما استودعت من فلان ويخصه بوقت او مكان او جنس ونحوها مغاير لما استودع فليتأمل في ذلك وفي جامع المقاصد ان العبارة لا تختص عن مناقشة حيث تقتضي ثبوت الكذب مع التورية ومعلوم ان لا كذب معها وانت خبير بان هذا مبني عَلَى ان المراد بقوله بحب التورية انها تجب التورية في الحلف كاذباً والظاهر ان الوجوب راجع الى المقيد بدون القيد والقرينة عليه ظاهرة ثم ان التورية لا تخلو عن كذب ظاهراً (قوله) « ولو اكرهه عَلَى التسليم او اليمين فسلم ضمن » كما في جامع المقاصد لان الاكراه عَلَى احد امرين ليس اكراهاً عَلَى احدهما بعينه ومتى سلم الوديمة مختاراً ضمنها وهذه القاعدة مما لا خلاف فيها اذا كان احدا الامرين مستحقاً للمكره وعليه ذلك الاخبار واما اذا لم يكن احدهما مستحقاً له ففيه اشكال كالوقال له اقطع هذا وهذا ولا قتلتك او طلق احدى زوجتيك واراد منه التعيين لا قول احدى زوجتي طالق كاذكروا ذلك في بابي القصاص والطلاق وربما نفي الخلاف عن تحقق الاكراه فيما لو خيره بين فعل لتوقف صحته عَلَى اختياره وبين تفرير مال ولعل اليمين لما كانت واجبة عليه فيما نحن فيه جرت مجرى المستحق للمكره فليتأمل جيداً (قوله) « ولو اكرهه عَلَى التسليم لم يضمن به » كما تقدم بيانه ولعل الاولى تركه (قوله) « فان تمكن من الدفع وجب » كما في الشرائع والنافع والتحرير واللمعة والمسالك والروضة والكفاية وغيرها وفي الرياض انه لا خلاف فيه لتوقف الحفظ الواجب عليه والدفع غير مخصوص بوجه بل بما امكن من وسيلة وغيرها ومنه الاختفاء (قوله) « وان اهل ضمن » كما هو صريح اكثر الكتب المتقدمة ونقضية الاخر (قوله) « ولا يجب تحمل الضرر الكثير بالدفع » كما في النافع والتحرير وغيرهما .

(السادس) الجعود وهو موجب للضمان ان كان مع المالك بعد مطالبة لامع مطالبة غيره وفي سؤال المالك اشكال فان لم يتم بينة ولم يعترف فالقول قوله مع اليمين فان اقيمت عليه البينة فادعى الرد او التلف من قبل فان كانت صيغة جعوده انكار اصل الوديعة لم يقبل قوله بغير بينة ولا معها على الاقوى لتناقض كلاميه " متن "

كالجرح واخذ المال كما في الشرائع والتمعة والكفاية والمفاتيح وقضية هذه ان مطلق اخذ المال صرر كثير لا يجب تحمله وان جاز وما نفي فيه وجوب بذله المال من نفسه الروضة واما جواز ذلك فواضح وقد صرح به في المسالك والروضة والكفاية وفي جامع المقاصد انه لا يبعد القول بوجوب مصادمة الظالم بشي يرجع به على المالك واليه مال شيخنا في الرياض او قال به لوجوب الحفظ ولا يتم الا به والضرر يندفع يرجوعه على المالك اذا لم يتبرع به ولم يمكنه استبدانه والمرجع الى نيته وقوله هذا كله اذا لم يستوعبه واما اذا كان مطلوب الظالم بقدرها مستوعبا لها ولا يندفع الا به في المسالك انه لا يجب بذله قطعا لانتفاء الفائدة (و يبقى الكلام) فيما لو بذله بنية ارجوع فهل يرجع به جميعه او يرجع بجز منه ينقص عنها او لا يرجع بشي احتمالات ولعل الاوسط اوسط اذ الفرض عدم امكان ما قصر عن الجميع وغير المأذون في المساوي انما هو القدر الذي لتنتي الفائدة معه لا جميع المذول بل انه من البعيد ان يرجع بمقدار ما يقصر عن قدرها بدرهم مثلاً ولا يرجع شي اصلاً مما يسوياً فتأمل جيداً ولو لم يمكنه الدفع عنها يعرضها فان لم يستوعبها وجب دفعه اليه من باب المقدمه فلوترك مع القدرة فاخذ الجميع ضمن ما يمكن فيه السلامة لا الجميع لان مقدار المدفوع ذاهب الى التقديرين كما في المسالك والروضة والكفاية والرياض واحتمال ضمان الجميع ضعيف اذا لا وحده الا انه فرط فكان كما لو فرط فيها تلتفت بغيره مع انها ذاهبة الى التقديرين مع الفرق بين التقديرين فيما نحن فيه فانه في الاول باصر الشارع وتفريطه في الثاني (وفيه) ان التفريط ليس الا بما زاد لحصول اليقين باخذه الجميع و به يظهر الفرق بينه وبين المثال مضافا الى اصل البرائة وانه امين فليتأمل واما الصرر بغير المال فيختلف باختلاف الاحوال فرب رجل تكون الكلمة اليسيرة من الالذي كثيرة في حقه وكمن رجل ليس كذلك (قوله)

السادس الجعود وهو موجب للضمان * كفي المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجميع البرهان والكفاية والمفاتيح تصريحا في بعضها وظهوراً في بعض واشارة في آخر وفي المبسوط في باب العارية انه لا خلاف في ذلك ووجه ايجابه الضمان انه لما جعد خان لانه بجعوده يزعم ان يده عليها ليست بناتبة عن المالك فلا تكون امينة ومثل جعود الوديعة جعود العارية كما يأتي (قوله) * ان كان مع المالك بعد مطالبة لامع مطالبة غيره * يعتبر في تحقق الضمان الجعود امور ان لا يظهر بجعوده عذراً بديان ولا غلط وصدق المالك وان لا يكون الجعود مصلحة الوديعة بان يقصد دفع ظالم للمالك او نحو ذلك والثالث ان يكون بعد طلب المالك فانه فلو جعدها ابتداء او عند سؤال غيره لم يضر لان الوديعة مبنية على الاخفاء فانكاره لما حينئذ اقرب الى الحفظ قوله * وفي سؤال المالك اشكال * كفي التحرير وكذلك الكفاية حيث قال فيه وجهان من دون ترجيح ورجع في الانبساط وجامع المقاصد والمسالك الضمان وهو قضية كلام الحواشي وعنده في التذكرة (وجه الاول) ان جعوده يقتضي كون يده ليست عن المالك لان نفي الملزوم يقتضي نفي لازمه من حيث انه لا يملك ان يكون اميناً عنه فيضمن (ووجه الثاني) انه لم يمكنها لنفسه ولم تقر يده عليها بغير رضا المالك حيث لم يطلبها بمجرد السؤال لا يطل الوديعة بخلاف الطلب (قواء) * فان لم يتم بينة ولم يعترف فالقول قوله * اي مع بينة كما في العذكرة والتمعة والروضة لاصالة البرائة قوله * فان اقيمت عليه البينة فادعى الرد او التلف من قبل فلن كان صيغة جعوده انكار اصل الوديعة لم يقبل قواء بغير بينة ولا معها على الاقوى لتناقض كلاميه * كما هو

وان كانت صيغة الجحود لا يلزمني شيء قبل قوله في الرد والتلف مع البينة وبدونها في الاخير وفي الاول على رأي « متن »

صريح المبسوط وجامع المقاصد وقضية كلام الشرائع والمعة والروضة لكن المصنف سيستشكل في ذلك عن قريب وفي مضاربة الكتاب والشرائع والتذكرة والتحرير والمسالك والكفاية انه لو انكر الودعة والقراض ثم ادعى التلف بعد الاقرار او البينة ضمن ولم يقبل دعواه وفي وكالة الكتاب والتذكرة والتحرير وكذا جامع المقاصد ان الوكيل لو انكر قبض الثمن ثم ثبت بيينة او اعتراف فادعى الرد او التلف لم تسمع بينته وفصل في وكالة الارشاد فقال ان ادعى تلقاً او رداً قبل الجحود لم يقبل قوله ولم تسمع بينته لانه اكذب دعواه الجحود ولو ادعى الرد بعد الجحود سمعت دعواه وبينته وهذا له معنيان احدهما ولعله هو المراد انه ادعى بعد الجحود انه قبض ورد ولكن يتأني عليه بالخيانة وتتمام الكلام في الوكالة والمراد هنا ان الودعي اقام البينة قبل حلفه ومعنى تناقض كلامه انه بقوله ما اودعني انكر ان يكون هناك ودية تلفت فاذا شهدت البينة بتلفها فقد شهدت له بشيء قد انكره وقال الشاهدان ان اظهر لانكاره تأويلاً قبل كان يقول ليس لك عندي ودية يلزمني ردّها او ضمانها او نحو ذلك ونقل في المبسوط تفصيلاً عن قوم وقال انه قريب وهو ان شهدت بينته بالتلف بعد انكاره ومجده لم تسمع وان شهدت بانها تلفت قبل الانكار سمعت لان الودعة الى حين تلفها كانت على امانته وطريان الجحود لا يقدح في امانته انتهى واختاره في التذكرة وفيه نظر واضح وقد سمعت ما في الارشاد وقال ابو علي كلاماً حاصله ان دعواه التلف تسمع من غير بينة فاذا حلف سقط الضمان لان انكاره يجوز ان يكون عن سهو ونسيان وردّه في المختلف بانه بانكاره مكذب لدعواه اي والاصل عدم النسيان على انه لم يدعه وان ادعاه وكان من التأويل الممكن سمع وقال في المختلف والتذكرة نعم لو طلب احلاف الغريم كان له ونظر فيه في جامع المقاصد بان مقتضي منع سماع بينته هو تكذيبه لدعواه وهو قائم فلا تتوجه اليمين وهو كلام متين وهو احد وجهي الشافعية الا ان يقال لعل الغريم يقر فينتفع واقرار الغريم ينفعه وان كانت بينته اي المستودع لا تنفعه لان الغريم اذا رجع عن التكذيب سمع وليعلم انه حيث يدعي التلف بصدق كالفاسد ويكون ضامناً مثله (قوله) ❁ وان كانت صيغة الجحود لا يلزمني شيء قبل قوله في الرد والتلف مع البينة وبدونها في الاخير وفي الاول على رأي ❁ هذه الصيغة لا تنافي حصول الابداع بخلاف الاولى فتقبل بينته على الرد او التلف بلا خلاف على الظاهر وثبتت بيمينه دعواه التلف لانه امين ولا بد من اقض قوله البينة لا مكان تلفها بعير تربط فلا تكون مستحقة عنده وهو الذي عنه بقوله في الاخير ولا فرق بين ان يكون التلف باسم ظاهر او خفي عند علمائنا كما في التذكرة وعليه الاجماع في جمع البرهان والمخالف الشيخ في المبسوط ففصل والصدوق في المنع فقدم قوله من دون يمين كما يأتي بيان ذلك كله ان شاء الله تعالى وهل تثبت دعواه الرد بيمينه وهو الذي عنه بقوله في الاول لا اجد فيه خلافاً اي ثبوتها به بعد التبع في المسئلة وفيما يأتي وان حكاه اي الخلاف في جامع المقاصد بل حكى جماعة الاجماع عليه والشهرة اخرون فيما يأتي اعني ما اذا ادعى المستودع الرد وانكر المالك وانما استشكل فيها المصنف في الكتاب والتذكرة كما يأتي مع انه في التذكرة جزم به بل فيما نحن فيه وقد حكيت الشهرة عليه فيما نحن فيه في الايضاح والحواشي واختاره فيهما وحكياء عن المبسوط وهو خيرة التذكرة وجامع المقاصد وقضية كلام اللعة والروضة (والحاصل) انه لا فرق بين مسئلتنا وبين ما اذا ادعى المستودع رد الودعة وانكر المالك والاجماع المؤيدة بتطابق الفتاوى والشهرات والاخبار الناهية عن رمي الامين بالتهمة وانه محسن لا سبيل عليه والضمان سبيل وان المالك يحمله بدعواه مفرطاً بل متعدياً والاصل عدمه تخصص الاصل وعموم الخبر المشهور البينة على المدعي على ان الاصل معارض باصل عدم التعدي واصل برائة الذمة من الضمان واصل بقاء الامة وهذا اذا ادعى ردّها على من ائتمعه او

ولو اقر بهاله بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان وفي سماع بينته بذلك اشكال نعم تقبل لو شهدت بالاقرار (الفصل الثالث) في الاحكام يجب على المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة كالثوب في الصندوق والدابة في الاصطبل والشاة في المراح « متن »

وكيله اما لو ادعاه على الوارث فكغيره من الامناء يكلف بالينة لاصالة عدمه وهو لم ياتمه وقد نفى في ذلك كله الخلاف وبعضه وقام الكلام يأتي عند تعرض المصنف له (قوله) ﴿ ولو اقر بهاله بتلفها قبل الجحود من الحرز فلا ضمان ﴾ الظاهر كما قال في جامع المقاصد ان هذا من ثمة احكام الشق الاول اعني الصيغة الاولى بدليل ما يأتي من تردده في سماع البينة وفي الصيغة الثانية لا يتأتى ذلك وانما قيد الاقرار بكونه التلف قبل الجحود لانه بدون ذلك لا يسقط الدعوى لان التلف بعده يقتضي الضمان وكذا التقييد بكونها في الحرز (قوله) ﴿ وفي سماع بينته ذلك اشكال ﴾ في الايضاح وجامع المقاصد ما حاصله انه ان كان المنار اليه بذلك الاقرار حتى يكون المعنى انه لو ادعى اقرار المالك بالتلف من الحرز قبل الجحود واقام بذلك بينة على الاقرار فني سماعها اشكال فيكون مشأ الاشكال من انه لا تسمع بينته بالتلف فلا تسمع بالاقرار به مع انه اضعف من البينة ومن ان اقرار العقلاء على انفسهم جائز فكان موجباً لزوال الضمان ولم يذكر المستودع الاقرار اولا لكن ذلك ينافي منافاة صريحة قوله بعد ذلك متصلاً به نعم تقبل لو شهدت بالاقرار كما في جامع المقاصد وفي الايضاح انه ينافي ذلك ظاهراً فوجب ان يكون المنار اليه بذلك هو التام فيكون تكريراً للمسئلة المتقدمة في قوله ولا معها على الاقوى لتناقض كلاميه وار كثرها لانه اولا قد قوى عدم السماع ثم تعير اجتهاده فاستكملها هنا لان البينة حجة ثبت بها عند جحود الخصم ما ثبت باعتراؤه ومن ان سماعها فرغ سماع الدعوى وهي غير مسموعة لتكذيب المدعي اياها وزاد في جامع المقاصد وحاً آخر في تكريرها وهو الفرق بين الاقرار والبينة حيث ان الاقرار يفي وان كذبه المقر له اذا رجع الى التصديق لا سيما في الاقرار ان شاء الله تعالى وقال في جامع المقاصد والاصح عدم سماع البينة لانها كاذبة باعتراض المدعي فلا تكون حجة على المدعي عليه وما ذكره في الاقرار فتحه وان كان يرد عليه ان دعوى الاقرار يبغى ان لا تسمع ايضاً للتكذيب وهذا تحقيق رشيق وان كان فيما يرد على الاقرار تأمل ولم يزد التهدي على ان اشكال بنحو ما ذكر

❦ الفصل الثالث في الاحكام ❦

(قوله) ﴿ يجب على المستودع حفظ الوديعة بمجرى العادة كالثوب في الصندوق والدابة في الاصطبل والشاة في المراح ﴾ كافي التبرائع والنافع والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع الرهان والكفاية وعلل في الخصة المتأخرة بان الشارع لم يحد لما حداً فيرجع الى العدة في الحفظ مثل تلك الوديعة وهو معنى قوله في المبسوط والتذكرة يلزمه ان يحفظها في حرز متلبها لم يتعرض لذلك في التحريم ما قاله قدماء اصحابنا كالتقييد بالمنفعة والشيخ في النهاية وابو المنكرم في الفتنه وان ادريس في السرائر قالوا يجب عليه حفظها بعد القبول كما يحفظ ماله ومعناه ان ضابطه ان لا يكون صرفاً مقصراً في حفظها ومعياره ان تكون كماله ويرشد اليه قوله عليهم السلام في اللقطة اجعلها في عرس مائت لعله اسد ادق فيه كلام المتأخرين انه يجب عليه حفظها بما جرت به العادة فالدابة في الاصطبل والدراهم في الصندوق مثلاً انه لا يفرق بين وجه الحفظ كذلك بين علم المودع بان المستودع قادر على تحصيل الحرز وعدمه فيه اودعه دابة مع علمه انه لا اصطبل له اودراه مع علمه انه لا صندوق له ومحو ذلك فيكون عذراً قد صرح بذلك في المسائل المهمة والرياض ويلزم من ذلك انه يلزمه ان يني لها اصطبل او يضعها في اصطبل حاره ويقع سندها في ليله ونهاره الاصطبل وبني ضابط

و يجب عليه ردها متى طلب المالك وان كان كافراً «متن»

القدماء لا يجب عليه تحصيل الاصطبل والصندوق بل يحفظها كما يحفظ فرسه ودرارمه من انواع الحفظ وقد
 فرغ ايضا في التذكرة والمسالك الروضة انه لا بد من كون الحرز محرراً عن غيره بان لا يدخل الى البيت غيره
 وان لا يشاركه في البيت الذي فيه الصندوق يد اخرى لعدم اعتبار مثله في الحفظ عادة وقضية كلام المتقدمين
 ان المعتبر احرازه عن مخاف منه فقط لا عن الزوجة والولد والوالد اذا كانوا امناء كما استمرت عليه السيرة من
 العلماء وغيرهم والا لما صح له ان يبارح قمر بيته ساعة ولا اقل من ذلك مع انه محتاج الى تحصيل المعاش
 والخروج للعلوة وغيرها بل قد نقول ان العادة قاضية بذلك وبه قطع في الرياض واستظهره في جمع البرهان
 (ومنه يعلم) صحة ما قلناه فيما مر من انه يصح تسليم الدابة للعبد والصاحب واخراجها للسقي وتسليمها
 الراعي ونحو ذلك وان كان ظاهر كلامهم خلافه وقد يكون المراد من ضابط التأخيرين ما اراده المتقدمون
 لولا تلك التفريعات وبالعكس يشهد الخطب وبمعظم الامر وزاد الشهيد الثاني انه لا بد من كون الصندوق
 مقللاً مع كونه في بيت محرز عن الغير ومن كون الاصطبل مضبوطاً بالغلق والشاة في المراح كذلك او
 محفوظاً بنظر المستودع لان هذه الثلاثة مما جرت العادة بكونها حرزاً لما ذكر وقال وقد تفتقر الى امراخ
 ككون الصندوق كبيراً لا ينتقل عادة بحيث يمكن سرقة كذلك مقللاً وهكذا القول في الاصطبل والمراح
 وقال وقد يقوم غيرها مقامها عادة كوضع الدابة في بيت السكنى والشاة في داره ونحو ذلك (قلت) وهذا
 الذي اراده المحقق بقوله او ما يجري مجرى ذلك وفي جمع البرهان ان في بعض الامثلة تامل اذ الدرهم
 والديار لا تحفظان دائماً في الصندوق (قوله) ❁ ويجب ردها مع طلب المالك ❁ للكتاب والسنة
 والاجماع كما في المفاتيح وبلا خلاف كما في الرياض وهو كذلك وفي التذكرة والمسالك والروضة والكفاية
 انه يجب عليه ردها في اول اوقات الامكان وبالضرورة ايضاً صرح في التنقيح وايضاح النافع وغيرهما وفي
 جمع البرهان كانه اجماع والوجه فيه القاعدة المقررة من وجوب الاقتصار في وضع اليد على مال الغير الى القدر
 المتحقق معه اذنه والمطالبة بالرد تقتضي انقطاعه فلا يجوز له التصرف زيادة على ما يتحقق به الرد نعم اذا
 انضم الى المطالبة ما يدل على التوسعة من عرف او عادة فلا فورية في الوجوب وهل يجوز له التأخير للاشهاد
 مطلقاً او لا كذلك او ان كان وقت الدفع اشهد عليه فالاول والا فالثاني اقوال واختلافات اختار ثالثها في
 التذكرة واستجوده في المسالك وفي الكفاية ان الاول لا يخلو عن قوة دفعا للضرر والفهمة وهو خيرة وكالة
 التذكرة لكن تجب المبادرة الى الاشهاد والثاني احد وجهي الشافعية لان قوله في الرد مقبول والمراد بردها
 رفع يده عنها والتخليه بينه وبينها كما في التذكرة والمسالك والروضة وما يأتي في جامع المقاصد وليس عليه
 تحمل مؤنتها كما صرح به في الاول (قوله) ❁ وان كان كافراً ❁ هذا هو المشهور وقد اطلق الاصحاب
 ذلك كما في المختلف والمشهور كما في جامع المقاصد والمسالك ولا نعلم فيه مخالفاً غير الحلبي كما في المسالك ايضاً
 والاشهر كما في الكفاية وفي الرياض ان قول الحلبي شاذ (والحجة) عليه بعد الاجماع على الظاهر اطلاق
 النصوص والفتاوى (وروى) الفضل عن الرضا عليه السلام قال مثلته عن رجل استودع رجلاً من مواليك
 مالا له قيمة والرجل الذي عليه المال رجل من العرب يقدر ان لا يعطيه شيئاً والمودع رجل خارجي
 شيطان فلم ادع شيئاً فقال قل له يرد عليه فانه ائتمنه بامانة الله وقد استدل على الحكم به في جامع المقاصد
 وغيره ومثله رواية حر يز في رد ودعة قاتل امير المؤمنين عليه السلام وتامم الكلام مستوفى في باب القضاء
 وعن ابي الصلاح انه ان كان المستودع حرياً وجب على المستودع ان يحمل ما اودعه الى سلطان الاسلام
 العادل واستحسنه في التنقيح ولا نثافيه رواية الفضل لان الخارجى مظهر كاة الاسلام حرام المال الا وقت

فان اخر لغير ضمن ومعه لاضمان وليس استئمان غرض النفس كمن كان في حمام او على طعام عنده ولو قال رد علي وكيلي فطلب الوكيل فامتنع ضمن ولو لم يطلب وتمكن من الرد ففي الضمان اشكال « متن »

الحرب ولا كذلك اخري وقد يظهر من المختلف انه استدلو به بالتأخير رد الخليلي (قوله) ❦ ولو اخر لمير عذر ضمن ومعه لاضمان ❦ كما صرح به كليات اكثرهم وهي صريحة في ان المراد بالتأخير مطلق التأخير ولو كان قليلاً عملاً بالقاعدة وليس كتأخير التهمة عرفياً والعذر العقلي واضح والعذر الشرعي كما كمال الصلوة وان كانت نافلة كما في الروضة لكن صريح التذكرة في آخر كلامه وقضية كلام جامع المقاصد انه يقطع النافلة واما المذنب العادي كاستنظار الخطر المانع ونحوه فقضية كلام التذكرة او صريحها انه ليس عذراً وخالف في ذلك في الروضة والمسالك واستمع . في التحرير (قوله) ❦ وليس استئمان غرض النفس كمن كان في حمام او على طعام عذراً ❦ كما في التذكرة وجامع المقاصد وعدتها في التحرير اعذار او زاد الاملال ليهتصم الطعام وفي المسالك والروضة والكذب فيه وحين وحكم في موضع من وكالة التذكرة بان هذه اعذار وواقعه على ذلك يحيى ابن سعيد في وكالة الخازن . والحقق الثاني سيف وكاله جامع المقاصد والتبديد الثاني في المسالك والروضة وينبغي ان يكون هنا اولى اد هو الموافق لشرعية الوديعة (قوله) ❦ ولو قال رد علي وكيلي فطلب الوكيل فامتنع ضمن ❦ كما في التحرير والتذكرة لان حكمه حكم ما لو طلب المالك فلم يرد الا انه له هنا التأخير حتى يشهد على الوكيل لان الوكيل لو انكر الدفع سقط ليمينه وذلك يستلزم ضرر المستودع بالغرم على احد الاقوال في المسئلة اذ لعل الخصومة تكون عند مجتهد يرى ذلك ومعنى الرد ما سبق من رفع اليد والتخليه هذا ولو صدق مدعي الوكالة فان له ان يمتنع كما نص عليه جماعة لانه تصديق في حق الغير نعم يجوز له تسليمها اليه وبضمن ان انكر المالك ولا كذلك الدين فان الاحود انه يجب عليه التسليم (قوله) ❦ ولو لم يطلب وتمكن من الرد ففي الضمان اشكال ❦ وفي التحرير قرب الضمان على اشكال ونحوه ما في التذكرة واستوجه في الايضاح وجامع المقاصد الضمان او ينبغي ان يرد في قوله وتمكن من الرد لاجاز ان يكون بمعنى الحمل لانه لا يذهب اليه ولا يجب عليه الغن ان لا يحميها اليه فلا وجه خمله احد وجهي الاشكال في الايضاح ولا ان يكون بمعنى التخليه لانه قل في جامع المقاصد لانه لا معنى للاشكال حينئذ في الضمان بل يجب القول بالضمان قطعاً قلت القضيح في محله والاشكال منه بشأ من عدم طلب الوكيل والمفروض علمه بذلك ولا تجب عليه التخليه الا عند الطلب كما هو قاعدة الوديعة وامر المسالك لا يتضمن طلب الوكيل ومن ان المالك امر بالتخليه بينها وبين الوكيل فلم يفعل فكأنه قد انزل او ان الامر تضمن الطلب (وفيه) ان التخليه معناها لغة الترك كما في الصحاح والقاموس ودر فارع المانع ورفع يده كما طفحت به عباراتهم في باب القبض وزاد في المسالك الاذن فيه وكل ذلك لا يتحقق في الوديعة الا عند الطلب والا لزم ان يلقيا في مضية او يحملا اليه او يذهب اليه ويقول له هلم فخذ وديعة موكلك ولا شيء منهما واجب عليه للاصل وغيره وان كان المراد من الرد الاعلام اذا لم يكن قد علم بمعنى اعلم وكيلي بانني امرتك بان تدفعها اليه وان تظهر التخليه بينها وبينه وبعبارة اخرى كان يقال اراد خل بينها وبينه والتخليه لا تكون الا باعلامه فارجع بالاخرة الى ارادة الاعلام باللائم فيكون الرد بمعنى التخليه المستلزمة للاعلام ولعله اثرب الى اللفظ وهو مبني على ان الامر يستلزم العزل وانها تصير في يده امانة شرعية كالثوب يصيره الريح في داره كما يرشد اليه آخر كلامه والى هذا المعنى اشار في الايضاح قال قال المصنف في منشأ الاشكال انه لما امره بالدفع الى وكيله فكأنه عزله فيصير ما في يده كالامانات الشرعية كالثوب تطيره الريح الى داره وفيه وجهان احدهما ان تمتد الامانة الى المطالبة واظهرهما ان تنتهي بالتمكن من الرد ففي هذا على ان الامر بالرد على الوكيل هل هو عزل او طلب

وكذا كل امانة كالثوب تصيره الريح في داره فان رد على الوكيل ولم يشهد فلا ضمان لو انكر بخلاف التقصير في ترك الاشهاد على قضاء الدين لان مبنى الوديعة على الاخفاء « متن »

فينزل بمنزلة قوله اعطني انتهى وهو حاصل ما في التذكرة ولا يحى ما في كلامه من التعبير بالدفع والفرق بين العزل والطلب وقد تقدم ان الطلب يقضي بانقطاع الاذن وهذا لم يذكر في التذكرة فتأمل وقال في جامع المقاصد ان كان المراد بالرد وجوب الاعلام لو لم يكن قد علم باسم المالك فهو محتمل وليس ببعيد القول بوجوب ذلك لان الامر يتضمن العزل وعلى هذا يكون منشاء الاشكال من التردد في المزيل عن الوديعة هل هو مأمور بالرد على الفور او وقت المطالبة كما في الثوب الذي اطارته الريح الى ان قال والمعتمد الضمان لان ابات اليد على مال الغير موقوف على الاذن الا فيما اقتضته الضرورة وهو ما قبل التمكن من الاعلام والتخيلة وهذا كله اذا لم تدل القرينة على عدم العزل انتهى فقد نفى البعد عن وجوب الاعلام وجزم بان الامر يتضمن العزل وكلاهما في محل التأمل ثم ان المزيل عن الوديعة ومن اطارت الريح الثوب الى داره لا يجب عليه الا التخيلة في الاول اذا كان هو العازل له والاعلام في الثاني ان لم يعلم كما تقدم ويأتي وقال الشهيد يرجع الى قرائن الاحوال في تعجيل الرد فان دل اللفظ على الاتصال مطلقاً من دون تأخير ضمن والا توقف على الطلب حسب وقد بين وجه الاشكال في الكتب الثلاثة في اول كلامهم بوجوه مختلفة فليقف عليها من ارادها وكيف كان فالظاهر عدم الضمان بأي معنى فسر الرد وكأن كلامهم غير محرز لمنافاته اكلامهم الاخر في مواضع اخر فيما مضى ويأتي (قوله) ❁ وكذا كل امانة كالثوب تصيره الريح في داره ❁ اي يجي ذلك الاشكال السابق في الضمان اذا تمكن من الرد فلم يرد قال في جامع المقاصد ونعم ما قال هذا اذا كان المراد من الرد اعلام المالك والتخيلة بينه وبينه رجوع عما سبق من الجزم الى التردد وان كان المراد حملها اليه ففيه ما سبق من الاشكال فان ايجاب ذلك بعيد (قوله) ❁ فان رد على الوكيل ولم يشهد فلا ضمان لو انكر بخلاف التقصير في ترك الاشهاد على قضاء الدين لان مبنى الوديعة على الاخفاء ❁ هذا التفصيل خيرة المبسوط والتذكرة والتحرير ووكالة السرائع على تردد في الاخير وحكى في المسالك والصيانة القول بوجوب الاشهاد فيهما اي الدين والوديعة فان فعل ولم يشهد فانكر المدفوع ضمن وهذا لم نجد لاحد من اصحابنا في الباب ولا باب الوكالة ولا الضمان ولا الرهن وحكى فيهما ايضا القول بانه لا يجب الاشهاد فيهما وقد مال الى هذا في المختلف او قال به وهو خيرة وكالة مجمع البرهان ومنسمع ما نحكيه من كلامهم في باب الرهن وقد نص في السرائع ووكالة الارشاد والكتاب واللمعة وحامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان وغيرها على عدم الضمان في الوديعة اذا لم يشهد واستشكل في وكالة التذكرة وكذا التحرير ونص على الضمان في الدين اذا لم يشهد في وكالة المبسوط والتحرير والتذكرة والايضاح وحامع المقاصد ووكالة اللزمة والروضة وضمان الكتاب وجامع المقاصد واستشكل في وكالة الكتاب ومثل الدين تسليم المبيع (وقضية) كلامهم انه يضمن ترك الاشهاد مطلقاً حتى لو كان الاداء محصوره الى الموكل وقد قيده بعضهم بما اذا لم يكن بحضوره وفي رهن الكتاب لو ادعى العدل دفع الثمن الى المرتهن قبل قوله في حق الراهن لانه وكيله على اشكال وقد قيل بالقبول في ذلك في الايضاح والحواشي وجامع المقاصد وقال في الايضاح هناك ان الاشكال في مستثنين احدهما ان الوكيل في الدفع اذا دفع من غير اشهاد هل يكون ضامناً ام لا وقال ايضا في الرهن فان رجع على الراهن لم يرجع على العدل ان كان الدفع بحضوره او بينة غابت والا رجع على اشكال وحكيته هناك عن المبسوط والتذكرة والتحرير والايضاح انه يرجع وقد استدلل في التذكرة على تفصيل الكتاب هنا بوجهين (الاول) ان الوديعة امانة وقول المستودع مقبول في الرد والتلف فلا معنى للاشهاد

واجرة المسكن ان احتاجت وموئنة الرد على المالك وان قلت " متن "

وقد يكون اراد بالمستودع الوكيل ايضاً لانه مستودع ايضاً وقوله مقبول فلا يؤثر عدم الاتهاد في تفريجه فتأمل (والثاني) ما ذكره هنا من ان الودائع حقها الاخفاء بخلاف قضاء الدين ومنه ينه ان الوكيل في الابداع لا يجب عليه الاتهاد كما صرحوا به وزاد في جامع المقاصد (تألياً) وهو ان المطلوب بقضاء الدين انقطع مطالبة الدين للمدبوع وبراءة ذمته وذلك موقوف على الاتهاد والمطلوب في الوديعة ايصال الحق الى مستحقه ويد الوكيل يد الموكل فكما لا يجب ادتهاد عند الدفع الى المودع لا يجب عند الدفع الى الوكيل بل ربما يقال ان نافي ذلك القوربة عدمه صامته ولا يخفى عليك الفرق بين الوجوبين في كلامه وكذا كلامه غيره فلا تغفل (ووجه) القول بوجوب الاتهاد فيها والاضمن ان كان قولاً نعم هو احد وجهي السافعية ان اطلاق الاذن يقتضي دفعا ثابتاً يمكن الرجوع اليه عند الحاجة فاذا ترك فقد قصر ولعل اطلاقه بقضي الضمان ولو اقر في الوديعة ولعله مقيد بما اذا لم يترك (مع) (ووجه) عدم الوجوب فيها ان المأمور به هو الدفع ولا دلالة في مطلق الامر على الاتهاد فيحصل الامتناع بدونه ولعل الظاهر عدم الضمان اما في الوديعة فظاهر واما في الدين فلا نه وكيل فهو امين وظاهر حانه اداء الامانة ولانه لولا ذلك لاذى الى عدم قبول الوكالة فيفسي الى الضرر وسيأتي ان شاء الله تعالى في او كانه ان الوكيل اذا ادعى الرد كان القول قوله مع يمينه اذا لم تكن الوكالة بجعل فتأمل وفي جامع المقاصد ان في قول المصنف فلا ضمان لو انكر مناقشة لانا لو قلنا بالضمان وعددناه مقصراً او حبيته على كل حال سواء انكر او اقر وامتنع من التسليم او تلفت العين في يده فانه على كل واحد من التقديرات يرجع الى المستودع (قلت للعل المناقشة في غير محلها لان عرضه بيان محل الضمان غالباً) (قوله) ﴿ واجرة المسكن ان احتاجت وموئنة الرد على المالك وان قلت ﴾ قد قدم انه قال في التذكرة انه لا يجب عليه ماسة الرد ولا تحمل موئنته وان ذلك على المالك وهو الموافق لاصول المذهب والاستيداع وان اقتضى وجوب الحفظ كن لا يجب على المستودع ان يبدل من ماله ما جرت العادة ببذل المالك في مقابلته مما يتوقف عليه الحفظ من اجرة المسكن وتمن العلف واحرة السبي ان كان له اجرة واجرة الراعي واجرة نشر الثوب لا يجب ذلك على المالك وهل يجب عليه دفع اجرة المسكن ونشر الثوب من ماله اذا احتيج الى ذلك ثم يرجع على المالك او لا يجب عليه ذلك احتمالان كما تقدم في مصانعة الظالم اما ثمن العلف واجرة السبي فقد تقدمت وجوب ذلك ان كان احتراء الحيوان ولو كان المسكن للمستودع او تولى شيئاً من الاعمال التي جرت العادة ببذل الاحرة في مقابلتها مما لا بد منه فالظاهر انه يرجع باجرته ايضاً كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد (والضابط في ذلك كله ان يطالب به المالك فان امتنع او لم يوجد وجب الرجوع الى الحائز ومع عدمه ولاشهاد ومع تعذره يرجع الى بذل غير مة يرجع الى ما سبق ﴿ فروع ﴾ يناسب ذكرها في المقام ذكره في التذكرة (الاول) لو تعدى في الوديعة بقيت في يده مدة لزمه اجرة مثلها عن تلك المدة لانه صار كالمغاصب عليه عوض المنافع (الثاني) المودع اذا دخل حان لمحل حماره في صحن الخان وقال للخاني احفظه كي لا يخرج فخرج في بعض عفلاته فالأقرض الدين لانه قصر في الحفظ بالغفلة (قلت) وكذلك احوال في التيب بالنسبة الى الحمامي (الثالث) لو حاف الفرق او الحريق او السلب فبادر الى نقل امتعه قبل الودائع معرق او احترقت او سلبت فلا ضمان كما لم يكن عند الا الودائع فاخذ في نقلها كلها فاحترق ما آخر نقله (الرابع) اذا دفع الى رجل حائماً ونحوه يمتني الى وكيله علامة ويقبض منه شيئاً وقال اذا قبضته رد خاتم علي فقبض ولم يرد الخاتم فقد قرب في التذكرة اولا الضمان ثم احتمل عدمه لانه ليس عليه الرد ولا موئنته (الخامس) اذا دفع قبالة الى غيره وديعة ففرط فيها فانما يضمن قيمة الكاغد مكتوباً ولا شيء عليه مما في النجالة (السادس) لو دفع اليه وثيقة وديعة وقال لا تعطلها لزيد حتى

نعم لو سافر بها بغير اذنه او بغير ضرورة كانت مؤنة الرد عليه ولو كان المودع غاصباً لم يجز رد الوديعة اليه بل الى مالكها ان عرف ولو جهل عرفت سنة ثم تصدق بها عن المالك مع الضمان وان شاء ابقاها امانة ابدًا من غير ضمان « متن »

تأخذ منه ديناراً فردها اليه قبله ضمن قيمة القبالة مكتوبة واجرة الكاتب وينبغي التأمل في اجرة الكاتب (قوله) نعم لو سافر بها بغير اذنه او بغير ضرورة كانت مؤنة الرد عليه ❁ لانه غاصب بخلاف ما اذا اقتضت الضرورة ذلك (قوله) ❁ ولو كان المودع غاصباً لم يجز رد الوديعة اليه بل الى مالكها ان عرف ❁ قد ذكر ذلك في المقنع وجميع ما تاخر عنه الا المبسوط والتحرير واللمعة فلم يتعرض فيها لها ولا فرق بين الغاصب والسارق وغيره وبالحملة الظالم وما في معناه ولو لم يمكن منعه او كان يخاف منه اذا منعه حاز له ردها عليه كما في المقنعة والتذكرة وغيرهما وعليه به في النهاية وغيرها واما الضمان ففي المسالك ان الذي يقتضيه قواعد الغصب ان للمالك الرجوع على ايها شاء وان كان قرار الضمان على الغاصب (قلت) الذي يقتضيه قواعد الوديعة ان لا رجوع له عليه وقد تقدم مثله فيما اذا اكرهه الظالم على دفعها اليه (قوله) ❁ ولو جهل عرفت سنة ثم تصدق بها عن المالك مع الضمان وان شاء ابقاها امانة ابدًا من غير ضمان ❁ قال في جامع المقاصد هذا هو المشهور ومستنده رواية حفص ابن غياث (قلت) الرواية والفتوى لم نضمنا انه ان شاء ابقاها امانة بل قضيتها وجوب التصديق بها نعم استجود ذلك في المسالك وكلام النهاية في اللقطة والارشاد في مقام آخر سنسمعه وعلى ذلك اي تعرفها سنة ثم تصدق بها عن المالك مع الضمان نقلت الشهرة في المسالك والكفاية والرياض والمفاتيح و به صرحت عبارة النهاية في الباب والشرائع والنافع وكشف الرموز وغيرها وهو المحكي عن ابي علي والقاضي واليه مال في الغنية والسرائر والمختلف والنقيح وعلى الخبر اقتصر في المقنع ورواه في الفقيه وعقد له وحده باباً وهذه صورته . باب ما يكون حكمه حكم اللقطة روى سليمان ابن داود المقرئ عن حفص ابن غياث النخعي قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن رجل من المسلمين اودعه رجل من اللصوص دراهم او متاعاً واللص مسل فهل يرد عليه قال لا يردّه فان امكنه ان يردّه على صاحبه فل والا كان في يده بمنزلة اللقطة يصيبها فيعرفها حولا فان اصاب صاحبها والا تصدق بها فان جاء صاحبها بعد ذلك خير بين الاجر والغرم فان اختار الاجر فالاجر له وان اختار الغرم غرم له وكان الاجر له وقد رواه في التهذيب عن محمد ابن علي ابن محبوب عن علي ابن محمد ابن شيرة عن القسم ابن محمد عن سليمان ابن داود عن حفص ابن غياث قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام والسند غير واضح الضعف لاننا تأملنا في تضعيف هؤلاء الاربعة ثم ان الشهرة تجبره ولم يذكر احد ممن عمل بالرواية جواز التملك كما في المسالك والرياض والمفاتيح الا ما سمعته عن الفقيه وما سنسمعه عن النهاية نعم سيأتي للمصنف التأمل في ذلك وعموم المنزلة يقضي به واما ابقائها عنده امانة ابدًا من غير ضمان الا مع التقصير فهو من احكام اللقطة لئلا يصعب شاق واستجود ما في الكتاب من التخيير بين الامرين بعد التعريف في المسالك ومعنى الضمان في المقام انه لو ظفر بصاحبه وجب على القابض فقط رده اليه لا انه يجب الايضاء به عليه وعلى الورثة كالديون والمال المنصوب لان ذلك هو المناسب للاصل كما في مجمع البرهان والكفاية وقد احتمل في مجمع البرهان عدم الضمان لو تصدق به لان اخبار المال المجهول المالك خالية عنه (قلت) لكن الخبر هنا معمول به في ذلك ايضاً وليس لك ان تقول انه ليس من باب مجهول المالك لانه يمكن ادراجه في قاعدته وان جمعه في الفقيه والنهاية من باب حكم اللقطة (ونقيح) البحث في المسئلة ان مورد الخبر وفتوى الاكثر انما هو المال المجهول المالك لانه ليس بضائع حتى يكون لقطة فيكونون قد خرجوا بالخبر عن حكمه

وليس له التملك مع الضمان على اشكال ولو مزجها الغاصب بماله فان تميزت وجب ردها على مالكا دون المودع والا رد الجميع على المودع على اشكال « متن »

في التعريف سنة والا فحكم المجهول المالك انه يتصدق به فوراً بعد اليأس واما قبله فلا بد من الفحص والسؤال حتى يأس عرفاً ولا يقيد بالتعريف سنة فقد لا يحصل بالسنة وقد يحصل بما دونها وبه يفارق اللقطة فانه يتصدق بها او يملكها بعد التعريف سنة وان رجع الظفر بصاحبها واما اذا يش من الظفر بملكها فانه يملكها من دون تعريف الا اذا كان من تأخير التعريف فانه مخير بين ان يتصدق بها او يعرفها بملكها (واما) الضمان في مجهول المالك فهو صريح الخبر المذكور هنا وقد يعطيه غيره والمخالف ان ادر يس حيث قال بردها الى اماء المسلمين فان تعذر ابقاها امانة ثم يوصي بها الى عدل ويحرمه ما في الغنية وما حكي عن النبي وفي المختلف والابيضاح وشرح الارشاد والتنقيح انه اقوى وفي جامع المقاصد له وجه واستحسنه في المسالك (وليعلم) ان في الغنية والسرائر وابطاح النافع انه احوط اى من قول الشيخ وقال المفيد يخرج حمسه لمستحق الخمس والباقي يتصدق به ولم يذكر التعريف ونحوه ما في المراسم وقال في نقطة النهاية ان حكمه حكم اللقطة سواء وقد سمعت ما في الفقيه وقال في الارشاد لو حمله تصدق به وضمير وزاد في التبصرة ان شاء وقال في الارشاد بعد ذلك او ابقاها امانة ولعله استند في التصديق من اول الامر الى الاخبار الدالة على فعل ذلك في المال المجهول المالك لملكها خالية عن الضمان والى الابقاء امانة الى خبر معوية بن وهب الوارد في الاجير كما تقدم في باب الدين وقال في ابطاح النافع انه مخير بين التصديق والبقاء امانة والدفع الى الحاكم وقد وقع في الرياض خلل في النقل عن الارشاد (قوله) ❁ وليس له التملك مع الضمان على اشكال ❁ اصح انه ليس له ذلك كما في جامع المقاصد والاشكال ينشأ من ان الاصل عصمة مال المسلم ومن ورود الخبر بانها بمنزلة اللقطة ومن احكامها التملك بعد التعريف وهو قضية كلام الفقيه وللقطة النهاية واعتصره في جامع المقاصد (اولاً) بانه لا عموم في الرواية (قلت) وكأنه لم يلاحظ عموم المنزلة (وثانياً) بان المتبادر من قوله عليه السلام فيعرفها بيان وجه روطاً منزلة اللقطة (قلت) هذا يصلح لرفع عموم المنزلة بان يقال ان العموم ينزل على المتبادر وليس وجهاً تانياً لكن ذلك قد يمنع في عموم المنزلة نعم يتم في التشبيه بالمبيع (قوله) ❁ ولو مزجها الغاصب بماله فان تميزت وجب ردها على مالكا دون المودع والا رد الجميع على المودع على اشكال ❁ رد الجميع على المودع خيرة المنفعة والنهاية والمراسم والوسيلة والتسريع والنافع والارشاد والتنقيح وابطاح النافع والرياض والغنية والسرائر وفي الاخيرين الاجماع عليه وهو اي الاحكام ظاهر الابيضاح وشرح الارشاد لفخر الاسلام وجامع المقاصد حيث نسب فيها الى الاصحاب وفي ابطاح النافع انه المشهور وانه يشهد له النظر (واول) من تأمل في ذلك المصنف في التذكرة فانه بعد ان افقى برده الجميع قال ويحتمل عنده رد قدر مال القس اليه واحتفاظ الباقي بمالكه قال والقسم هنا ضرورية ومثله ما حكي عن السيد الصمد وفي الابيضاح ان الاولى ردها الى الحاكم وواقفه على ذلك في جامع المقاصد وقال ولولم يجد الحاكم احتمال رد قدر ما يملكه الغاصب الى آخر ما في التذكرة وفي الرياض ان الاوفق بالقواعد ما في المسالك من رده على الحاكم مع امكانه ليقسمه ويرد على الغاصب ماله ومع تعذره يحتمل قوياً جواز تولي الوديعة القسم ان كان مثلاً وقد رحق الغاصب معلوماً جماً بين الحقين والقسم هنا اجبارية للضرورة تنزيلاً للوديعة منزلة المالك حيث قد تعلق بضائه وللحسبة ولو امتزج على وجه لا يعلم القدر اصلاً ففيه اشكال ويتوجه حينئذ ما اطلقت الاصحاب ان لم يمكن مدافعة الغاصب على وجه يمكن معه الاطلاع على الحق قال ويحتمل عدم جواز الرد مطلقاً مع امكانه الى ان

ولا يبرأ المفريط بالرد الى الحرز بل الى المالك او ببراءته ولو انكر الوديعة وادعى التلف وان كان بسبب ظاهر « متن »

يعترف الغاصب بقدر معين او يقاسم لاستحالة ترجيح حقه على حق المنصوب منه مع تعلق الوديعة بالحقين انتهى (وفيه) ان القسمة من احوالكم وغيره في المساوي غير بعيدة ولا كذلك اذا مزجه بالا على اللهم الا ان يرضى الغاصب فينبغي ان يقال ان مزجه بالادنى بحيث ما بقي لمال المالك قيمة امكن تسليمه الى الغاصب ويجب عليه رد مال المالك مثلاً او قيمة ويمكن وجوب تسليمه للحاكم ليقسمه مع رد ارض النقصان بحيث لا يستلزم الربا وان كان بالمساوي كان شريكاً وكذا بالا على لانه بتقصيره فتأمل ويحتمل جعله كالتألف والالتزام بالموض ونظر الاصحاب الى ان الوديعة لا يعلم قدر المنصوب ولا عينه وحينئذ لا وسيلة لاستنقاذه لعدم معرفته ومنع الجميع غصب وليس له ولاية في القسمة لانها تستلزم اعطاء بعض مال كل واحد للآخر فهي كالمفاوضة من دون تراض والظاهر انهم عثروا في ذلك على خبر لان المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة متون اخبار وقال فخر الاسلام انه يستلزم رد المنصوب الى الغاصب وهو حرام لا يجوز قطعاً (قوله) ❁ ولا يبرأ المفريط بالرد الى الحرز بل الى المالك او ببراءته ❁ قد تقدم الكلام في ذلك في اول الباب مستوفى عند شرح قوله لو رد الوديعة الى الحرز لم يزل الضمان ما لم يحدد الاستثنان وقد قال في جامع المقاصد ان ظاهر ذلك يخالف ما هنا لانه قد يشك في ان البراءة موجب لتجديد الاستثنان بل قد يشك في براءته بالبراءة مع انه هناك قوى ما يدفع هذه المخالفة وقد بينا ذلك هناك وقلنا ان هناك مخالفة من جهة أخرى فيلاحظ (قوله) ❁ ولو انكر الوديعة اي بالقول قوله مع اليمين كما في المبسوط وغيره وفي المسالك انه لا شبهة فيه وفي مجمع البرهان الظاهر انه لا اشكال فيه (قوله) ❁ او ادعى التلف وان كان بسبب ظاهر ❁ اي بالقول قوله مع اليمين قال في التذكرة انه اذا ادعى التلف بالقول قوله مع اليمين عند علمائنا سواء كان بسبب ظاهر او خفي وفي مجمع البرهان الظاهر انه لا خلاف فيه وفي المسالك والكفاية انه المشهور وبه اي بان القول قوله مع يمينه صريح في الشرائع والتحرير والارشاد والتبصرة وغيرها مضافاً الى الفتاوى والاجامات والشهرة التي ذكرناها في باب الوكالة والمخالف الشيخ في المبسوط فيما اذا ادعى التلف باسم ظاهر فلم يقبل قوله الا بينة لامكان اقامتها وقد رماه بعضهم بالشذوذ وعموم البينة على المدعي شامل لهذا الفرد ولما اذا ادعاه بسبب خفي ولما اذا ادعى الرد ولم يلتزم ذلك في هذين والصدوق قبل قوله بلا يمين ووافقه على ذلك الشيخ في النهاية وصاحب الوسيلة وقيد في الاخير بما اذا لم تظهر منه خيانة وقد بلوح او يظهر ذلك من النهاية قال في الفقيه مضي مستأجناً رضي الله تعالى عنهم على ان قول المودع مقبول فانه مؤتمن ولا يمين عليه وقال رجل للصادق عليه السلام اني ائتمنت رجلاً على مال اودعته اياه فخاني فيه وانكر مالي فقال لم يخنك الامين وانما ائتمنت الخائن وروى في المقنع فيما حكى مراسلاً عن الصادق عليه السلام انه سئل عن المودع اذا كان غير ثقة هل يقبل قوله قال نعم ولا يمين عليه وربما اعتضد بالنصوص الناهية عن اتهام الامين ولا ينفك عن الاحلاف مضافاً الى الاصل الثاني للزومه ولكن ذلك لا يعارض ما مر من الاخبار لم يتضح سندها والمرسلة معارضة بمفهوم مرسلة الغنية قال وروى انه لا يمين عليه اذا كان ثقة غير مرتاب ومضمونها اتى ابو علي وابو الصلاح حيث قال لا يمين عليه الا مع التهمة حكاه عنهما صاحب التنقيح وقد يكونان موافقين للنهاية والوسيلة لكن نسبته الى مشايخنا المفيد للعموم الظاهر في الاجماع مع الاخبار المذكورة وموافقة الاسكافي والتي بما يقضي بقوة قوله جداً وقد استوفينا الكلام في ذلك في باب الوكالة (قوله)

او نقص القيمة او عدم التفريط فالقول قوله مع اليمين وفي الرد نظر اما لو ادعى الاذن في التسليم الى غير المالك فالمصدق المالك مع اليمين « متن »

﴿ او نقص القيمة ﴾ اي لو اختلفا في القيمة بعد الاتفاق على التلف بالتفريط فالقول قول المستودع يمينه كما في السرار وكشف الرموز والمختلف وايضاح النافع وفي الرياض انه اشهر بل لعل عليه عامة من تأخر وفي الشرائع والنافع انه اشبه وحكامه في المختلف عن النبي واس حمزة وعادة الوسيلة كان القول قول المودع يمينه فتحتمل فتح الدال وكسرهما وفي المقنعة والنهاية والغنية ان القول قول صاحبها مع يمينه وفي السرار ان هذا القول خلاف الاصول والاجماع والاخبار المتواترة بل قال انه خلاف ما عليه كافة المسلمين ثم قال ان الشيخ في نهايته عول على خبر واحد وله لم يلحظ المقنعة ولا الغنية ورما استدلل لهم بانه بالتفريط خرج عن الامانة وفيه انها ليست مأخذا لقبول حتى يقال انه خرج عن الامانة بل لانه منكر فيدخل تحت الخبر المشهور للزيادة والرواية المدعاة مرسله خاصة بذلك ولا حابر لها فيه (قوله) ﴿ او عدم التفريط فالقول قوله مع اليمين ﴾ كما في النهاية والغنية والسرار والنافع والتقيح والكفاية وفي الرياض انه لا خلاف فيه الا من حيث لزوم اليمين فيا في فيه خلاف الصدوق مموه دليله (قوله) ﴿ وفي الرد نظر ﴾ كما في التذكرة في الباب والوكالة والمختلف في الوكالة والارشاد والكفاية حيث قيل فيها (ميماخ ل) فيه اشكال وفي المبسوط والشرائع والنافع والتحرير وشرح الارشاد لولده والايضاح واللمعة وجامع المقاصد وايضاح النافع ومجمع البرهان وغيرها انه يقبل قوله مع يمينه وهو المشهور كما في التقيح والمسالك والروضة والكفاية ومذهب الاكثر كما في مجمع البرهان وفي وكالة السرار والمهذب البارع وكذا المسالك والاجماع عليه وهو المحكي عن نهاية المرام للصيمري وقال في المهذب ان استكمال العلامة نادر وقد قال الاكثر في باب المضاربة في جواب من يدعي قبول قول العامل بالرد قياساً على مستودع بانه مع الفارق اكونه قبض لمصلحة المالك فهو احاد من محض والعامل قبض لمصلحته فلو لا ان يكون الحكم اجماعياً لقليل ولو في كلام بعضهم بمنع الحكم في انقبس عليه وم بشر اليه احد الا المصنف في التذكرة ثم انه باخذونه مسلماً في باب الوكالة وفي باب القضاء حيث ينقض من حد المدعي والمنكر مع انه مدعي بجميع معانيه فيقولون الودعي المدعي رد الوديعة عليه ايمين ولا شيء من المدعي عليه يمين فكان شكلاً تالياً لنتيجته ان الودعي المدعي رد الوديعة ليس بدع ويحيون مع الكبرى للرخصة او يمنع الصعري لان المودع يدعي خلاف ظاهر المسلم لان ظاهر الامين الصدق ثم ان ظاهره الاتفاق على تقديم قوله في التلف ولو في المحلة استناداً الى مجرد الامانة وهي حاربه في مقام فكما يخص بها الاصل وعموم الرواية المتقدمة في صورة التلف فليخص بها هنا وتؤخذ الاخبار الناهية عن رمي الامين بالتهمة وتكليفه البينة مؤيدة هذا كله مضاف الى دهاب المشهور كما في الشرائع وغيرها ان قبول قول الوكيل في الرد اذا كان مير جعل بل الظاهر اطلاق القدماء عليه كما اشار اليه في غاية المراد وهذا كله اذا ادعى ردّها على من اتهمته او على وكيله لان يده اماله اذما لم يوارث فكثيره من الامناء يكف البينة لاصالة عدمه وهو لم يأتهمه ولا بكاف تصديقه وقد صرح بذلك جملة من عباراتهم كالمبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمالك وغيرها صرحوا جميعاً به في باب الوكالة وفي الرياض في الخلاف فيه وهو لما وافق للاصل وقد جعلوا لذلك ذائلاً صرحوا به في اب الوكالة وهو ان كل امين ادعى رد الامانة على من لم يأتهمه وانكر ذلك المدعي عليه كان القبول قوله مع يمينه وكلف المدعي البينة ونظام الكلاء في الوكالة (قوله) ﴿ اما لو ادعى الاذن في التسليم الى غير المالك فالمصدق المالك مع اليمين ﴾ كما في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد لان الاصل عدم الاذن فهو بالتسليم عاد حتى يثبت الاذن ثم المدفوع اليه ان كذبه فالقول قوله اذا الاصل عدم الدفع وان صدقه ردت الوديعة

فان صدق الاذن وانكر التسليم فكدعوى الرد ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدين سواء على اشكال هذا ان اقر ان عنده وديعة او عليه وديعة او ثبت انه مات وعنده وديعة اما لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقاؤها ففي الضمان اشكال «متن»

(المين خ ل) ان كانت باقية وان كانت تالفة كانت بالخيار بين تقمين المستودع والمدفوع اليه (قوله) ❀ فان صدق الاذن وانكر التسليم فكدعوى الرد ❀ ونحوه ما في التذكرة وقوى في المبسوط ان القول قول المستودع لان الدعوى على المأذون في تسليمه كالدعوى على الوكيل وقد سمعت ان حاله حال المالك ووجه احتمال تصديق المالك ان المستودع يدعي على من لم ياتمه والمفتى به الاول كما في جامع المقاصد (قوله) ❀ ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته فهي والدين سواء على اشكال ❀ قال في الايضاح الاشكال السابق في اصل الضمان وهذا في كيفية واراد بالاشكال السابق هو ما ذكره في قوله ولو لم يوجد في التركة ثوب لم يضمن نزيل على التلف قبل الموت على اشكال قال في الايضاح كيفية انه يحتمل تقديم صاحب الوديعة لحصولها لاصالة البقاء واستثناء غيرها ويحتمل التحصن كالديون والامسح الاول لان حق الوديعة متعلق بعين التركة كالرهن اي في تقديم حق المرتهن (ومعنى الوجه الاول ان اصالة بقاء عين ماله الذي هو مختص به نقضي بالاختصاص ببدله) (ومعنى الثاني ان المختص به هو المين فاذا تعذرت كان البديل من جملة الديون والسيد العميد قال فيما حكى عنه ان الاشكال في اصل الضمان وهو الظاهر من سوق كلام التذكرة ولكن سوق عبارة اكتتاب يقتضي ما قاله في الايضاح فانه لو لا ذلك لكان قوله ان اقر ان عنده وديعة الى اخره وقوله اما لو كانت عنده وديعة في حياته الى قوله وفي الضمان اشكال كله فاسد الوضع لان الاشكال اذا كان في اصل الضمان استوت هذه المسائل كلها فيكون قوله هذا ان اقر غير صحيح وايضا فان عدوله عن جعل الاشكال في الضمان الى كونه في مساواتها للدين يشعر بذلك (قوله) ❀ هذا ان اقر ان عنده وديعة او عليه وديعة او ثبت انه مات وعنده وديعة ❀ لان الاقرار يقضي بوجودها في التركة وقت صدوره في الاولى وبعد تلفها في الزمن المتخلل بينه وبين الموت ويقضي في الثانية بثبوت الحق في الدمة بل قد قيل انه يقضي ببقائها في التركة كالاولى وانها اكد واما الثالثة فاذا ثبت انه مات وعنده وديعة كان ادل على وصولها الى الورثة غير انها لم تعلم بعينها (قوله) ❀ اما لو كانت عنده وديعة في حياته ولم توجد بعينها ولم يعلم بقائها في الضمان اشكال ❀ يريد انه لو ثبت بالينة او باقرار الورثة او نحو ذلك انه كان عنده وديعة في حياته ولم توجد ولم يعلم بقائها فان في اصل الضمان هنا اشكالا ينشأ من تعارض اصل الرأية معتزداً بظاهر حال المسلم لان الظاهر انه قد ردّها او تلفت بغير تقريط والا لاقربها عند الموت ومن استصحاب البقاء وخبر السكوني وقد قدمه تمام الكلام فيما سلف مستوفى وقد قال في التذكرة ان الذي يقتضيه النظر عدم الضمان والذي عليه اكثر علمائنا والتافعية وجوب الضمان ثم حكى عن اصحاب الشافعي في المسئلة طرقات مستقلة على تفاصيل تحالف ما هنا والحاصل ان محصل ما في التذكرة يخالف ما هنا وقد حاول السيد العميد الفرق بين هذه المسئلة والمسائل التي قبلها بان الضمان في هذه اخف وليس بجديد لان المصنف اذا ساوى بين المسائل في مجيء الاشكال كان قوله هذا ان اقر وقوله اما لو كانت خائفاً كما ذكر ذلك في جامع المقاصد وقال ان ما ذكره هنا كان يعني عماد كره سابقاً من قوله ولو لم يوجد في التركة ثوب الى اخره (قلت) ذكره لداك هناك جاء بالتبع لما قبله وقال ان الذي يقتضيه النظر انه ان علم بقاء عينها ولم يتميز من التركة قدم مالكها على الغرماء وان علم تلفها بتقريط فهو اسوة الغرماء والا فلا ضمان اصلاً وهو المفتى به (قلت) هذا النظر يدفعه ظاهر خبر السكوني الفخبر سند ودلالته بالثبوت فليحفظ (وليعلم) انه يمكن ان يكون قول المصنف هذا ان اقر ان عنده وديعة وقوله فيما سلف اما لو قال عندي ثوب منزلي على ما اذا اقر بالوديعة على وجه يرتفع الاجمال

ويعتقد المستودع مع اليمين في تعيين احد المدعين فان نكل عزم للاخر وفي نفي العلم « متن »

وبتفني التقصير ويكون وجه اصل الضمن ما حكيته عن المبسوط هناك وان كان صعيقا ووجه الاشكال في كفيته ما عرفته آتفا وسالفا ويضع ما في الايضاح والفرق حينئذ بين قوله ان اقر وقوله اما لو كانت واضح لما (بما خ ل) بناء من ان الظاهر في الثاني انه قد ردها او تلفت والا لاقربها عند الموت ويمكن ان يكون قولاه منزلين على الاجمال في المقامين ويمكن توجيه الاشكال في اصل الضمن وبتم ما في الايضاح ايضا واما بزيل الاول على الاحمال والثاني على التعيين كما في المسالك وغيرها كما تقدم فهو الظاهر من كلامه السالف والموافق لما في الكنز ويؤيده عند الهدم مع القرار عن التكرار ولكن فيه ما قد عرفت ومقتضى النظر ما صممه الخبر انه ان عين فلا صمان والا كان ضامنا (قوله) ❁ ويعتقد المستودع مع اليمين في تعيين احد المدعين ❁ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك وجمع الزهراء (وتحرير) القول في المسئلة انه اذا ادعى كل من شخصين شي تالت بان ما في يده من المال المخصوص ودبعة له عنده فقد قال في المبسوط ان حال المودع وهو الثالث لا يخلو من اربعة احوال اما ان ينكرهما او يقر بهما معا او يقر بها لاحدهما بعينه او يقر لاحدهما لا بعينه وبحوجه ما في التذكرة والتحرير وزاد في المسالك حامسا وهو ما اذا قال لا ادري ان هي امي لكما او لاحدهما او لغيرهما واطاوا الكلام في بيان هذه الاقسام وقد ذكرنا مثل ذلك في باب القضاء فيما اذا تداعيا عينا في يد تالت وقد اسبقنا الكلام هناك وينبغي ان ننتج هنا مواقع كلماتهم يحل برشعة من بركاتهم (فنقول) اذا اقر لاحدهما حينئذ حكم للقر له ويحلف للآخر فان حلف سقطت دعواه ايضا واستقر ملك المقر له على العين كذا قال في المسالك وقريب منه ما في التذكرة وجامع المقاصد (وفيه) انه لا بد في اقرار ملك المقر له على العين من حلفه للآخر على انت كما ذكرنا ذلك في كتاب القضاء من دور حلاف لحلف المصدق اعني المستودع ان ادعى علمه بملكه لفائدة دفع العزم عن نفسه لانه ان امتنع حلف الآخر وادعى لا لفائدة القضاء والعين وحلف المصدق له لان التصديق بمنزلة الدفكان كانه صاحب بدوم بكر . الآخر خارج ومدعي (قوله) ❁ فان نكل عزم للاخر ❁ يريد انه لو نكل المستودع عر ايمين احلف الآخر على استحقاقها ان لا يقض عليه بمجرد الكون واعزم المستودع له المثل او القيمة لحياته بهو يده باقراره الاول ولا احدي ذلك خلافا في البابين وقد نص عليه في المبسوط وغيره في الباب ايضا ووجهه في المبسوط بان لليمين المردودة نزل منزلة اقرار المنكر لانه لو اقر بها تانياً للاخر اعزم له مكثا اذا حصل ما هو بحكم الاقرار وتمه المصنف في التذكرة والمحقق الثاني والشيد الثاني وقال في جامع المقاصد واما اذا قلنا انها كالبينة فقد يقال يجب انتزاع العين من المقر له لثبوت كونها له بالبينة قال وحاب بان كونها كالبينة انما هو في حق المتداعيين فلا يفتاوت الحال باعتبار كونها كالاقرار او كالبينة لانها حيث لا تكن في يده وقد حال بينهما وبين الآخر الحالف باقراره وجب العزم وان كانت كالبينة انتهى ما اردنا نقله من كلامه وقد وافقه على ذلك صاحب المسالك وهذا الاحتمال وحوابه للشافعية وليس شي منهما بصحيح عندما لا ما قد يسا في باب القضاء ان اليمين المردودة اصل برأيه لان في بعض المواضع لا تكون كاحدهما كما تقدم في الكفالة واحجر في رد من لا يقبل اقراره وقد جعلوا من فروع الحلاف ما اذا اشترى من الوكيل في البيع ثم ادعى عليه صحة مبيع ساق وانكر الوكيل المبيع والفسخ ونكل عن اليمين وردتها على المدعي فقد قاله على كنهها كالبينة يد على المكمل ويرد على الوكيل على كونها كالاقرار فكانت كالبينة في حق غير المتداعيين فتأمل وفي اعتذار كون القيمة وقت الحلف او وقت الاقرار اشكال يلفت الى ان وقت الاقرار هو وقت التلف ووقت اليمين هو وقت الثبوت ولم يرجع شي في التذكرة ولا في جامع المقاصد (قوله) ❁ وفي نفي العلم ❁ اي ويعتقد المستودع مع اليمين في نفي العلم يكون العين لها او لاحدهما وتحريره ان الودعي اذا ادعى التسيان كان يقول ليست لي

وتقر في يده حتى يثبت المالك فان ادعيا علمه احلفاه على نفي العلم مينا واحدة و يحتمل التعدد فان نكل احلفا على علمه فيضمن القيمة فتجمل مع العين في ايديهما « متن »

ولا اعرف صاحبها او هي لاحد كما وقد نسبت عينه فان قلنا ان المستودع يضمن بالنسيان فهو ضامن و يبق الكلام في انه لمن يضمن وما ذا يضمن والظاهر انه يضمن القيمة لها فتجمل هي والعين في ايديهما ونقسم العين بينهما وان لم نضمن به فان صدقاه في النسيان فلا خصومة لها معه بل الخصومة بينهما و صار المال كأنه في ايديهما وان كذبا فيه و ادعى كل واحد منهما علمه بانه المالك وقالوا انك لتعلم ان الودیعة منا فالقول قوله مع يمينه و يحلف لانه لو اقر بها لاحدهما كانت له فاذا ادعى عليه علمه سمعت دعواه و يحلف كما ستسمع (قوله) ﴿ ونقر في يده حتى يثبت المالك ﴾ لان يده في الاصل يد امانة والاصل بقائها ولانا اذا انتزعناها من يده لا نسلّمها الى احدهما وانما توضع على يد عدل وهذا عدل وهو خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد وغيرها واحتمل في التذكرة وغيرها فيما اذا قال المالك لاحدهما ولا اعلمه ان يتزع من يده باصر الحاكم لمطالبتهما اياه وقد يلوح او يظهر ذلك من المحكي عن الخلاف وضعف بان المطالبة المقننية للعزل هي التي يجب معها التسليم وهو ممتنع هنا فلا يكون وجهاً وفي المختلف ان الوجه ان الامر في ذلك للحاكم واستجوده في المسالك فيما اذا حصرها فيهما لا فيما اذا ادخل مبهما غيرها (قلت) هو المفروض في المختلف ولم يتعرضوا في باب القضاء لهذا الفرع (قوله) ﴿ فان ادعيا علمه احلفاه على نفي العلم ﴾ كما في المبسوط واخلاف والسرائر والشرائع والارشاد والتحرير وهذا يفهم مما تقدمه لكنه اعاده ليرتب عليه ما بعده مع فائدة التصريح به والتفريع (قوله) ﴿ مينا واحدة ﴾ كما في الخلاف والسرائر والمسالك وهو المنقول عن الشافعي وظاهر كلام ابي علي لانه احدى الدعوى بين كاذبة قطعاً لاستحالة ان تكون ملكاً لكل مبهما وحيث لم تكن معينة حكماً بانه يحلف لها وفي التحرير لا تكفي مينا واحدة على اشكال فاذا حلف احتمل استعمال القرعة فمن خرج اسمه احلف وسلمت العين اليه او تقسم بينهما نصفين كما عن الخلاف (قوله) ﴿ ويحتمل التعدد ﴾ كما هو خيرة المبسوط والتحرير وجامع المقاصد وهو المحكي عن الكوفي لان كل واحد منهما مدّع بانفراده لا يعلم كذبه فيندرج في عموم الحديث ولكل واحد منهما ان يستقل بالدعوى والاصل برائة الدمة من وجوب الاجتماع ولا مكان كونها لها معاً فاذا احلف فالشيخ في المبسوط نارة حكمه بالايقاف حتى يصطلحا وهو خيرة ابي علي ونارة قوي القرعة والاقوى انهما يحلفان وتقسم بينهما لتكافؤ الدعوى بين وتساويهما في الحجة وهو ينتهي القسمة كذلك فلا يكون الامر مشكلاً حتى يحتاج الى القرعة والايقاف حتى يصطلحا ضرر والاصلاح غير لازم (قوله) ﴿ فان نكل احلفا على علمه فيضمن القيمة فتجمل مع العين في ايديهما ﴾ اذا نكل فاما ان يحلفا على علمه او على الاستحقاق (فان كان الاول) توجه غرم القيمة لان يمينهما قضتا ان يكون بالنسبة الى كل واحد منهما بخصوصه عالماً بان العين له وبانكاره حصلت الحيلولة بين المستحق وحقه فوجب ان يغرم القيمة ولما كانا سواء في اليمين لم يكن لاحدهما رجحان على الآخر فتجمل العين والقيمة معاً في ايديهما وقسم العين بينهما لكن ذلك بعد حلفها ثانياً على الاستحقاق لان اليمين الاولى لم تتناولها وانما اثرت غرمه القيمة لها فتأمل (وان كان الثاني) قسمت بينهما فقط وقال الشيخ لو حلفا فيه قولان احدهما انها تقسم بينهما والثاني انها توقف حتى يصطلحا والاول اقوى ثم قال ولو قلنا بالقرعة كان قوياً وقال في التحرير عدي فيه نظر وقد عرفت وجه القول بالقسمة آنفاً هذا ولو اقر بها لها معاً على سبيل الاشتراك قسمت بينهما ويكون قد صدق كل واحد في البعض وكذبه في دعوى الجميع وحكم التصديق والتكذيب في النصف كما في الجميع بالنسبة الى الودعي بالنسبة (وبالنسبة ط) اليهما يبقى النزاع بينهما في النصف فان حلفا او نكلا قسم بينهما وان حلف احدهما خاصة اختص قال في المسالك ولا خصومة لنا كل مع المستودع (قلت)

وان سلم العين بحجة الى احدهما رد نصف القيمة الى المودع ولم يجب على الثاني الرد لانه استحق لبيته ولم يعد عليه المبدل ولو مات المالك سلمها الى الورثة اجمع من غير تخصيص فيضمن معه « متن »

ان ادعى عليه العلم حلفه ثم ان الودعي يفرم للحالف النصف ان كان سلمه الى التاكل الذي ادى عليه الحالف العلم فاراد تحليفه فتكل وان كذبهما انتفت دعواهما لان البذل ونكل منهما احلافه نكلى البت فان نكل ردت عليهما وصارا في الدعوى سواء فان حلفا او نكلا قدمت بينهما وان حلف احدهما اختص ولو قال لا ادري اهي لكم او لاحدكما او لغيركما وادعيا عليه العلم فالقول قوله في نفيه كما مر فاذا حلف تركت في يده وليس لاحدهما تحليف الاخر لانها ثبتت لها ولا لاحدهما عليها يد بخلاف ما سبق ولو نكل عن اليمين ففي تسليمها اليهما مع حلفها نكلى الاستحقاق وغرامته لها القيمة لو حلفا نكلى علمه احتمالاً ويحتمل العدم لعدم حصر دي اليد الحق فيها (قوله) ❁ وان سلم العين بحجة الى احدهما رد نصف القيمة الى المودع ولم يجب على الثاني لانه استحق ببيته ولم يعد اليه المبدل ❁ يريدانها اذا حلفا نكلى علمه وجعلت العين والقيمة في ايديهما فاما ان لا يئاز احدهما الاخر او يجري بينهما النزاع فان كان الاول كما اذا رضا بما صار اليهما فلا كلام وان كان الثاني فان ثبت بحجة شرعية ان العين لاحدهما ببيته كما اذا اقام بينة او حلف مع تكول الاخر فان العين بكاملها تسلم اليه فيحتمل ان يرد نصف القيمة لانه استحقها للحيولة بينه وبين نصف العين وقد زالت فيجب ردّها واما الثاني فلا يجب عليه الرد لانه استحق ببيته للحيولة ولم تزل اذ لم يعد عليه المبدل وهو النصف الذي في يد الاول كما نبه على ذلك كله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمبدل العين والمبدل القيمة اولم يعلم ان سلم في العبارة ينبغي ان يروى مبنيا للمجهول اذ الحكم ليس مبنيا على تسليم المودع ولا مرجع للغير اذا كان مبنيا للعلوم سواء ولان المقرر قبل ذلك جعل العين في ايديهما فكيف يكون التسليم منه (قوله) ❁ ولو مات المالك سلمها الى الورثة اجمع من غير تخصيص فيضمن معه كما في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك وجمع الرهائن لكن في بعضها سلمها الى السكل او من يرثه وفي بعضها او من يقوم مقامه اي كالمكيل والوئي وهو معنى ما في المراسم وان لم يذكر فيها الضمان عند اختصاص ومعنى ما في السرائر والمقنعة والنهاية وعبارات هذه الكتب الثلاثة ينبغي ملاحظتها اذ في عبارة الاول دفعها الى ورثته عند المطالبة فيحمل على انه اعلم بها او علموا واقرروها قال في التذكرة قال بعض الشافعية ان مع عنهم لا يجب الدفع ثم نفى عنه الباس ولا تصنع الى ما في المسالك من قوله انه وجبه الا انه لم يتحقق به قائل منا ولا فرق في وجوب المبادرة بين سلم الورثة بالوديعة وعدمه عندنا انتهى وتبعه على ذلك صاحب الرياض مبالغا فيه وكأنهما لم يحظا ما في السرائر والمذهب البارخ وايضاح النافع والكتاب وجامع المقاصد كما تقدم بيانه في اول الباب وهو الذي تقضي به اصول المذهب كاصل البرائة واصل الاباحة (واما عبارة المقنعة فهي هذه فاذا عرفه اي الورثة اعطى كل ذي حق حقه منها فاذا رضيت الجماعة بواحد منهم يتسلمها كان عليه دفعها اليه رضا الجماعة به سيف ذلك وقال في النهاية لم يسلمها الا الى جماعاتهم او واحد يتفقون عليه او يعطى كل ذي حق حقه واعترضه ببي السرائر بان الاولى دفعها الى الحاكم لان الودعي لا يجوز له قسمتها واجب في المختلف بان هذا ليس واردا على الشيخ لان الشيخ قال او يسلم الى كل ذي حق حقه وذلك انما يكون بالتسليم مشاعا او يرضا كل واحد منهم بما يدفعه الى صاحبه والا لم يكن حقا له لكنه لقصور فهمه يعترض بمثل هذه الايرادات الفاسدة وقال صاحب التنقيح هذا الجواب ليس بشيء والا لزم تداخل الاقسام (قلت) الجواب بالاشاعة لعله في محله ولعله هو الذي اراده المقيد لكن فيه شيء وهو انه لا يجوز له التسليم على سبيل الاشاعة الى كل واحد من الجماعة بل

(المقصد الثاني في العارية) وفيه فصلان « الاول » في الاركان وهي خمسة « الاول » المقدوهو كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً او مدة معينة وثمرته التبرع بالمنفعة « متن »

ياثم ويضمن اذا فعل فكان الاولى بالمقصد ان يعترض بهذا لا يتداخل الاقسام وكأنه فهم تسليمها للجميع على سبيل الاشاعة لكن الجواب بالرضا خال عن كل وصية سوى البعد وما بال ابن ادريس اقتصر على ذكر عبارة النهاية فكانه لم يلحظ المنفعة او لعدم صراحتها كالنهاية واتفاق الكتابين على هذه العبارة يرشد الى ان هناك خبرا لكننا لم نجد في الجوامع العظام ولا غيرها وقد يحمل على بعد ايضا كلام الشيخين على ما اذا كان عوض الوديعة في ذمته فانه يجوز له تسليم الكل الى البعض وتسليم كل ذي حق حقه وفي الاول ان رضوا فذاك والا اخذوا حصصهم منه ورجع هو على من يسلم اليه الكل

❁ المقصد الثاني في العارية ❁

(قوله) وفيه فصلان الاول في الاركان وهي خمسة المقصد قد بينا في اول باب الوديعة الوجه في تسمية العقود الجائزة عقوداً مع ان يجعلها وقبولها يصح بالكتابة والاشارة والتلويح والفعل بياناً شافياً وهو من متفردات هذا الكتاب (قوله) وهو كل لفظ دل على تسويغ الانتفاع بالعين مع بقائها مطلقاً او مدة معينة وثمرته التبرع بالمنفعة قد فسرت بانها عقد في الوسيلة والشرائع والتحرير والتذكرة والروضة وفسرت في النافع بانها اذن في الانتفاع بالعين تبرعاً وبنبغي ان يزيد مع بقائها واستردادها كما صرح بالخير في المذهب البارع ولم يتعرض للبقاء و بالاولى في الروضة ولم يتعرض للاسترداد والقائلون بانها عقد اختلفوا في بيانها ففي الوسيلة انها عقد على عين مملوكة للمعير لينتفع بها غيره من غير اجرة وفيه ما لا يخفى كما ستعرف وفي التذكرة انها عقد شرع لباحة الانتفاع بعين من اعيان المال على جهة التبرع وفي التحرير انها عقد جائز من الطرفين ويفتقر الى ايجاب وقبول وقد يحصل القبول بالفعل وفي الشرائع عقد ثمرته التبرع بالمنفعة ومن الكلام على تعريف الكتاب يعرف الحال في بقية التعاريف ولم تعرف في غير ما ذكر وقد اورد عليه في جامع المقاصد ثلثة ايرادات (الاول) ان قوله ان ثمرته التبرع ان كان جزء التعريف انتقض في عكسه باعرتك حماري لتعيرني فوسك والا انتقض في طرده بالاجارة (والثاني) انه ينتقض بالسكنى والرقي والحبس والعمرى والوصية بالمنفعة (الثالث) ان الثمرة المذكورة حاصلة بالايجاب لا بمجموع الايجاب والقبول فلا تكون ثمرتها معاً قال ويمكن الجواب عن الاول بكونه جزءاً ولا يرد ما ذكر لان هذا الفرد من العارية مقتضاه التبرع وانما جاء العوض من امر زائد على العقد وهو الشرط فانه عقد مع شرط وقال اجيب عن الثاني بما لا يدفع والاولى ان يزداد في التعريف مع بقاء الجواز (قلت) في جميع ما ذكر نظر وذلك لانا نقول ان قوله وثمرته غير داخل في التعريف ولا ترد الاجارة لان التسويغ ظاهر في التبرع الذي هو ثمرته والمقصود منه وثمرة الاجارة خلاف ذلك لان ثمرتها تملك المنفعة بعوض معلوم والمصنف صرح ووضح ذلك بقوله وثمرته وحينئذ لا ينتقض بالسكنى والعمرى والرقي والحبس والوصية بالمنفعة ولا يحتاج الى زيادة بقاء الجواز محال كما هو واضح وبذلك يعرف حال ما في المسالك ايضاً (واما) جوابه عن الاول ففيه انه قد اعترف ان هذا فرد من افراد العارية ليس فيه تبرع فلا يكون عارية واذا كان مقتضى العقد التبرع كيف يجوز اشتراط عدمه اذ الشرط المخالف لمقتضى العقد وضده غير جائز فكيف يجتمع معه ويخرجه عن مقتضاه وما سيذكر في الايضاح وجامع المقاصد في توجيه تصحيحه عارية لم يتضح لنا وجهه (ويمكن) ان يجاب باننا نقول ان جنس العارية على التبرع وذلك لا ينافي اتفاق كون بعض افراده على خلاف ذلك كما قيل نحو ذلك في الهبة وغيرها فتأمل او نقول انها اجارة فاسدة وتفتيقه عند تعرض المصنف له (والجواب) عن الثالث بان القبول لما كان شرطاً في صحة العارية عنده حيث تكون عقداً لم يتحقق الثمرة بدونه وان بذلها المعير فانه

ولا يختص لفظاً ولا يشترط القبول نطقاً « الثاني » المير ويشترط كونه مالكا للمنفعة جائز التصرف فلا تصح عارية الفاسب ولا المستعير ولا الصبي ولا المجنون ولا المهجور عليه لفسه او فلس « متن »

لو تبرع بالعين ووقع الايجاب فردّه الاخر لم تحصل الثمرة وان حصل التبرع بالمنفعة فالمرتبة على العقد هو التبرع على وجه يشتر ذلك لا يثبت بدون القبول وحيث يكون معاضة يكفي في حصول الثمرة مجرد الايجاب قولاً او اشارة او تويحاً او كتابة او فعلاً ولعله لهذا قيل ان العقد فيها مجرد الايجاب وهذا هو الذي يرد على التعريف فكان الاولى الاعتراض به ولا بد من مراجعة ما ذكرناه في تعريف الوديعة (قوله) « ولا يختص فظاً » كما هو شأن العقود الجائزة بل قد صرح في التذكرة بأنه لا يشترط فيها اللفظ بل تكفي الكتابة والاشارة بل قال الاقرب عندي ان العارية لا تقتصر الى امط بل تكفي قرينة الاذن بالانتفاع من غير لفظ دال على الاعارة والاستعارة لا من طرف المير ولا من طرف المستعير كما لو رآه عارياً فدفعه اليه فيصاف له به تمت العارية وكذا لو فرس لضيفه فرائشاً الى اخر ما قال وقال ايضا قد تحصل بغير عقد كما لو حسن ظنه بصديقه فانه يكفي في الانتفاع عن العقد وقد وافقه على ذلك جماعة وقد تقدم ان ذلك ليس بعارية وانما هو من معاطاتها وقد جرت العادة الانتفاع باواني الهدايا والاكل منها وفي الروضة بعد ان نقل عن التذكرة الاكتفاء بحسن الظن بالصديق قال ينبغي تقييده بكون منفعة مما يتناوله الاذن الوارد في الآية بجواز الاكل بمفهوم الموافقة وتعديه الى من تناولته من الارحام لا مطلق حسن الظن لعدم الدليل اذ المساوي قياس والاصف يمتنع بطريق اولي (وفيه) انه في التذكرة يصدد بيان عدم الحاجة الى اللفظ لانه يتناوله الاذن او اورد بجواز الاكل من بيت الصديق حتى يستدل بمفهوم الموافقة ويلم تقييده بما كان حكمه اضعف من الاكل بل دليه حصول الرضا خلفاً من صديق وغيره لانه قد اكتفى بالظن في ظروف العارية وغيرها فلا يتقدح كلامه بعده الدليل على مساوي حقه لومع دليله بان مطلق ظن الرضا لا يستلزم حصوله لكن متوجّه وما استند اليه من جريان العادة باستعمال الظروف وغيرها فانه يدعى فيه افادة القطع وقد وافق صاحب الرياض الروضة فليتنامل (قوله) « ولا يشترط القبول نطقاً » هذا قد يستعرب ان الايجاب يشترط فيه النطق كما هو الظاهر من عبارات الاكثر وقد سمعت ما في التذكرة وعرفت الوجه فيما ظهر من الاكثر مما مر في الوديعة وسحيت هذه كلها استحي ما خلا عن القول بايجاب وقبول عقودها مما لا يصح اليه (قوله) « الثاني المير ويشترط كونه مالكا للمنفعة » هذا الشرط لم اجد احداً ذكره غير المصنف في التحرير والتذكرة ولا تمتص عما حكيناه من الوسيلة واحله ما ذكر ايضا في التذكرة من انه يمكن ان يقال يكفي جواز الانتفاع وان لم تكن المنفعة مملوكة له كالموقوف ان قلنا به اي بعده ملك المنفعة وكذا العارية فيجوز مع اذن المالك ويحتمل ان يكون امير باحققة هو المالك (قوله) « حائز التصرف فلا تصح عارية الفاسب ولا المستعير ولا الصبي ولا المجنون ولا المهجور عليه لفسه او فلس » كما ذكر ذلك كله في التذكرة والتحرير ووافقه فيه ظاهر لانهم ممنوعون من التصرف وهو مراد من اقتصر على استعراض جواز التصرف لكن في بعض عباراته ما ينبغي التنبيه عليه قال في الشرائع جائز التصرف فلا تصح اعارة الصبي ولا المجنون ولو اذن الولي للصبي حائز مع مراعاة المصلحة وقال في الارشاد وانما تصح من جائز التصرف ولو اذن الولي للطفل صح ان يعير مع المصلحة فقد صرح فيهما وفي التحرير والمهمة وغيرها انه يجوز للصبي ان يعير اذا اذن له الولي وقيد في التحرير بما اذا كان مميزاً وذلك لان المدار في العارية ونحوها من العقود الجائزة على رضا المالك وهو ههنا الولي فادنه ناصبي بمنزلة الايجاب والعبرة هنا بلذنه لا بعبارته الصبي فمضى هذا لافرق بين المميز وغيره ولا بين وبين المجنون فلا وجه تخصيص الصبي

وتصح من المستأجر ويجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه وبوكيله « الثالث » المستعير وشرطه ان يكون معينا اهلا للتبرع عليه « متن »

بالذكر وخصوصاً الشرائع فانه ذكرها فيها اولاً وخصه ثانياً وما ذكر يصرف الفرق بين العقود الجائزة واللازمة فان الضابط في اللازمة ان تكون عبارات مخصوصة مقررة معتبرة بمعنى ان تكون عن بالغ عاقل وفي العقود الجائزة مجرد حصول الاذن ولو خلى عن العبارة بالكيفية فمناقشة بعضها في الفرق وقول اخر انه لا يبعد ان تعتبر اقوالهم في العقود اللازمة اذا اذن الولي بما لا يبنى اليها وهذا اذا علم المستعير باذن الولي والا لم يقبل قول الصبي في حقه الا ان ينضم اليه قرائن تفيد الظن المتأخف للعلم به كما صرح به جماعة (قوله) « وتصح من المستأجر » كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد وفي الاخيرين الا ان يشترط الانتفاع بنفسه فيجزم وفي الاخير اذا اعار حيث يجوز له يجب عليه ان لا يخرج العين من يده وفيه تأمل اذا لم يشترط وفي التذكرة ايضا ان الموصى له بخدمة العبد وسكنى الدار يجوز لها ان يبرأها (قوله) « ويجوز للمستعير استيفاء المنفعة بنفسه او وكيله » كما في التذكرة وجامع المقاصد ولا يكون ذلك اعارة للوكيل اذا لم تمد المنفعة اليه واشترط في الاخير ان لا يخرج العين من يده (قوله) « الثالث المستعير وشرطه ان يكون معينا » فلو قال له اعرت احد هذين لم يصح كما في التذكرة وجامع المقاصد قال في التذكرة لعدم التعيين وكل واحد لا يتعين للاجارة لصلاحيه الاخر لها واستباحة منافع الغير لا يكون الا بوجه شرعي لان الاصل تحريم منافع الغير على غيره الا بآذنه ولم يثبت ولو عمم المستعير جاز سواء كان التعميم في عدد محصور كقوله اعرت هذا الكتاب لمثولا - العشرة او في عدد غير محصور كقوله لكل الناس او لاي احد من اشخاص الناس او لمن دخل الدار وبالجملة الكلي معين وان لم يكن عاماً كاي رجل واي داخل واحد الشخصين مجهول انتهى (وانت خبير) بان احد الشخصين محتتمل لمعينين (احدهما) ولعله الظاهر ان المراد انه اعاره لمن اراد الانتفاع به منها لانه المتبادر والموافق للاصل اعني اصل عدم الاجمال وحمل كلام العاقل على الفائدة وعدم اللغو (والثاني) انه اعاره واحدا منها معينا عنده وهو زيد مثلاً لا غير وقد ابيحه في العبارة ولم يعينه فكانه قال احد هذين لا الاخر حتى يكون مجعلاً كالمطلق اذا اطلقه واراد به معينا عنده من دون نصب قرينة فان كان اراد هذا المعنى فالامر كما قال ويمكن تطبيق التعليل عليه وقد يدعى انه الظاهر وان كان اراد الاول كان كما لو قال اعرت له عالم او للعالم فيكون مبيئاً لا مجعلاً وكان كقوله لابي احد من اشخاص الناس فليتأمل في ايها هو الظاهر (قوله) « اهلا للتبرع عليه » كما في التذكرة والتحرير لان من الاعيان ما لا يجوز لبعض الناس الانتفاع بها فلا تجوز اعارتها لهم وذلك مثل الكافر يستعير عبداً مسلماً او امة مسلمة كما في بيع جامع المقاصد والمسالك وفي بيع التذكرة ونهاية الاحكام تجوز اعارته وايداعه اذ ليس ذلك ملك رقبة ولا منفعة ولا حق لازم ونحو ذلك ما يبيع الايضاح وبيعه يبيع الكتاب ان الاقرب جواز الايداع له والعارية عنده وقد اختلف الشارحون في مرجع ضمير عنده وفي حواشي الشهيدان الامارة والابداع اقوى منعا اي من الارتهاق واستشكل في التحرير والتذكرة في المقام قال في الاول في جواز اعارته اشكال يشأ من جواز اجارته ومن السلطنة عليه والتسلط واثبات السبيل وقد نفاه الله سبحانه بقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً بخلاف استيجاره الذي هو في مقابلة العوض ثم قال والاقرب الكراهية وقال وكذا لا يجوز للكافر استعارة المصحف من المسلم وغيره تكرمه للكتاب العزيز وصيانة له عن لا يرى له حرمة انتهى فتأمل في العبارة وقال واما استعارة احاديث النبي صلى الله عليه وآله وسلم واحاديث اهل بيته المعصومين عليهم السلام فانها مبنية على جواز تبرأهم لها (قلت) وقد استشكل في ذلك ايضا في بيع التذكرة ونهاية الاحكام وجوز ولله في شرح الارشاد بيع احاديث

بمقد يشتمل على ايجاب وقبول فلا تصح استعارة الصبي ولا المجنون « الرابع » المستعار
وشروطه ان يكون منتفعا به مع بقاءه كالثوب لللبس والدابة للركوب والارض للزرع والفرس
والبناء دون الاطعمة فان منفعتها في استهلاكها « متن »

الذي صلى الله عليه وآله وسلم عنهم وعن المحقق الثاني انها في حكم النصحف ثم انه في التذكرة في المقام حكم
بضمان المستعير المحرم الصيد وجوب ارساله من يده وحكم مع التلف باليمين للمالك والجزاء لله سبحانه وقد
يستشكل في ذلك مع علم المالك بان الصيد اذا وقع بيده يجب عليه ارساله فيكون المعبر مفوتا لماله واما مع
الجهل فينبغي الضمان لكن بجري الاشكال في وجوب ارساله فانه تصرف في مال الغير وتقام الكلام عند
تعرض المصنف له (قوله) ﴿ بمقد يشتمل على ايجاب وقبول فلا تصح استعارة الصبي والمجنون ﴾
الجار صلة للتبرع فيكون المعنى ان شرط المستعير بصيغة او بدونها ان يكون ممن يصح ان بمقد معه عقد
التبرع اعني صيغة العارية فالصبي والمجنون صيغتهما ملغاة فلا يصح اعازتهما بصيغة ولا بدونها وكذا الكافر
فما لا تجوز اعازته له فانه لا يصح عقده عليه (واما الحكم) ففي جامع المقاصد ان المراد انه لا يترب على الصبي
والمجنون احكام العارية لا ان استيفائهما المنفعة مضمون عليهما فلو اعازهما وشرط عليهما الضمان لم يضمننا
اذا لم يتلفا هكذا ينبغي ان يفسر هذا وان لم اظفر في ذلك بشيء بخصوصه انتهى (قلت) والامر كما قال في
عدم الظفر لكن تقدم لنا في الوديعة فيما اذا استودع الصبي ما ينفقه منه الحال في المقام وان استيفائهما
المنفعة غير مضمون عليهما وانما لو تلفت باهما لم يضمننا فلا بد من مراجعة ذلك ويبقى الكلام فيما اذا
ادعى الصبي انه بالغ فاعاره واستوى المنفعة وتعدى القدر الذي سلطه عليه او ما جرت به العادة فهل يضمن
جميع المنفعة لانه يجري مجرى الاتلاف او ما زاد عن المتاد او لا يضمن اصلا لانه في حقه حفظ ماله
احتمالات والظاهر ان المحجوز عليه للفلس لانه قابل للاستعارة كما في جمع الرهائن (قوله) ﴿ الرابع ﴾
المستعار وشروطه ان يكون منتفعا به مع بقاءه ﴿ قد صرحنا عبارات المتأخرين بذلك كالشرايع وما
تأخر عنها لكن بعضهم جعله شرطا وبعضهم جعله ضابطا قال في التذكرة المستعار له شرطان كونه منتفعا
به مع بقاء عينه واباحة المنفعة فكما ينتفع به انقضاء محلا مع بقاء عينه تصح اعازته كالعقارات والدواب
والصيد والسيارات والاقشة والامثلة والنفوس والحلي والفحل للضراب والكلب للصيد والحفظ واشباه ذلك
بلا خلاف انتهى وغرضه فيه بين المسلمين وفي الرياض في الخلاف ايضا وفي المبسوط يجوز استعارة
الحيوان الذي فيه منفعة وهو اجماع سواء كان مما يجوز اعازته او لا تجوز وهذا الحكم بحسب الاصل
او الغالب والافسائي جواز اعارة الفحمة والمستوى منها اعيان لا منافع كاللبن والدواب والشعر وقال في
التذكرة ايضا ان الاعارة اوسع من الاجارة فتجوز اعارة الفحل للضراب ومنع كثير من اعازته والكلب
تجوز اعازته ولا تجوز اجازته على احد وجهي الشامي انتهى (فاق) اعارة الفحل للضراب مندوب اليها وقد
جاء بها الخبر واستيجاره للضراب ليس محرما عند علمائنا كما في مكاسب التذكرة ونهاية الاحكام (قوله)
﴿ كالثوب لللبس والدابة للركوب والارض للزرع والفرس والبناء دون الاطعمة فان منفعتها في
استهلاكها ﴾ اي فلا تصح اعازتها كما طفحت بذلك عبارات المتأخرين حيث يقولون لا يجوز او لا يصح
اعارة مالا يمكن الانتفاع به الا بانالافه كالاطعمة والاشربة ولكن لم ينفذ لنا مراده ولعلمه ارادوا انه
حيث يقول له اعزتك هذا الرغيف مثلا او هذا الماء انه لا يصح انه ولا يجوز ان ينتفع به في الاكل
او الشرب بمجرد لفظ الاعارة اذ لا دلالة فيه على الرضا بالاتلاف بشيء من الدلالات لا في العرب ولا في
اللغة لانه اذا بدل فيهما على ما ينتفع به مع بقاء عينه فكان معنى لانفع اعازتها ولا تجوز انه لا يصح اتلافها
والتصرف بها وان اعازتها فاسدة لا تفيد شيئا نعم ان ظهر من المعنى الرضا بالاتلاف العين بقوله اعزتك كان

والاقرب جواز اعارة الدرام والدنانير ان فرضت لها منفعة حكمية كالتزير بها والضرب على طبعها «الخامس» اباحة المنفعة فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم ولا محل فان امسكه ضمنه للمحل وان ام يشترط عليه « متن »

ضم اليه قربة واضحة كان هبة او اباحة وستسمع ما سذكروه في اعارة الدرام مما يقضي بجواز اعارة الاطعمة والاشربة بالمعنى المتعارف (قوله) والاقرب جواز اعارة الدرام والدنانير ان فرضت لها منفعة حكمية كالتزير بها والضرب على طبعها . قال في المقنع ليس على مستعير عارية ضمان الا ان يشترط الا الذهب والفضة فانها مضمونان شرط او لم يشترط وهذا باطلا فله يقضي بتسويق اعارة الدرام والدنانير ومثله مافي النهاية والمبسوط وقال في المقنعة ليس على المستعير ضمان الا ان يكون ورقا او عينيا ومثله مافي المراسم والوسيلة والغنية والسرائر وغيرها والورق العين المضروبة بل في الوسيلة ذكر الثمن (والحاصل) ان كتب الاصحاب من المقنع الى الرياض مصرحة بان الذهب والفضة والدرام والدنانير مما تعار مضافا الى الاجامعات المحكية والاخبار الواردة بانها اي الدرام والدنانير مضمونان فلا معنى لقوله الاقرب لان الحكم معلوم مقطوع به وحاول في الايضاح الاعتذار عنه قال اعلم ان الشيخ في المبسوط والخلاف جواز اجارة الدرام وطل بجواز الانتفاع مع بقاء عينها ويلزم من قوله وتعليقه جواز اعارتها ومنع ابن ادريس من اجارتها لانها لا منفعة لها الا باستهلاك عينها ويلزم من تعليقه منع العارية (قلت) قد سمعت كلام الشيخ في عارية المبسوط فلا حاجة بنا الى ما يلزم من كلامه في الاجارة وكلام ابن ادريس في عارية السرائر وما ذكر في اجارتها انما كان منه بعد موافقة التوم في اول كلامه واعترض على الكتاب في جامع المقاصد بانه اذا كان لها منفعة كما فرضت كان المقتضي موجودا ولا مانع فلا وجه للمنع فلا يحسن قوله والاقرب حينئذ وقال كان عليه ان يترك قوله ان فرضت الى اخره ليكون وجه المنع ضعف هذه المنفعة وكوب المنفعة المقصودة منها غالبا في الاتفاق والاخراج وذلك مناف للعارية قال ويرد ان ارادة المنفعة الضعيفة بخصوصها ينفي ما ذكر انتهى فتأمل فيه ومعنى كلامه الاخير انه اذا صرح في الاعارة بالمنفعة الضعيفة بان يقول اعرتها لانتزير بها او لارهنها او لاجذب قلوب الناس الى معاملتي والركون الي حيث يجعل تلك المنفعة مقصدا عظيما له وان ضعف انتفت المنافع وقد نبه على ذلك كله في التذكرة لكن ير: عليه ان ذلك يجري في اعارة الاطعمة والاشربة والحنطة والشعير وغير ذلك وقد سمعت ما قالوه في الاطعمة فليلاحظ (قوله) الخامس اباحة المنفعة فليس للمحرم استعارة الصيد من محرم ولا محل فان امسكه ضمنه للمحل وان لم يشترط كما في الشرائع والتذكرة والتحرير وما يأتي من الكتاب في فصل الاحكام وكذلك الارشاد وكأنهما قصدا به الرد على الشيخ في المبسوط حيث قال ضمنه للمحل شرط الضمان وكأنه غير بعيد عن الاعتبار لانه اذا علم ان الصيد اذا وقع بيد المحرم يجب عليه ارساله كان موقوف مال له ووجه ما قاله المصنف انه من باب الاسباب فكان كمن اعطى ماله من يعلم انه يثله فانه يضمنه وقد استدلل (يستدل خ ل) عليه باطلاق النصوص ان المحرم لو اتلف صيدا مملوكا فله ضمانه لما نصحه وفي المبسوط والتذكرة والتحرير انه ان تلف في يده ضمن قيمته لصاحبه المحل والجزاء لله سبحانه وتعالى وهو قضية كلام الكتاب والشرائع ويشكل في الاول لان مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفساده ولا يتجه الاستدلال بالاطلاق المذكور على تقدير تسليم تناوله له لانه معارض بالنص الصحيح الدال على ان العارية غير مضمونة وهو يشمل الصحيحة والفايدة وان امكن تخصيص هذا بغير الصيد امكن تخصيص الاطلاق بالصيد المأخوذ من غير اذن ويمكن ان يقال ان امر الصيد غليظ جدا فربما وجب ضمانه للمالك تغليطا فكانت اخبار العارية مخصصة بغير الصيد ثم ان قضية كلام الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرائع

ولو كان في يد محرم فاستعاره محل جاز لزوال ملك المحرم عنه بالاخرام كما يؤخذ من الصيد ما ليس بملك ولا يجوز استعاره الجوارى للاستمتاع ويجوز للخدمة وان كان المستعار اجنبياً «متن» والمصنف في الكتاب والتحريم وصريح التذكرة انه اي انحرى اذا قبضه من المالك وجب عليه ارساله وضمن للمالك قيمته (وفيه) انه بشكل الحكم بوجوب ائلاف مال الغير وحق الادعي مقدم على حق الله سبحانه كما هو مقرر فينبغي رده على مالكه وضمن الجزاء كما ذكره اخيراً في التذكرة (وقد يقال) لما كان امر الصيد غليظاً قدم في المقام حق الله سبحانه على حق الناس فليحفظ ذلك فاني لما جد من تأمل في الامرين غير المحقق الثاني والشهيد الثاني والمقدس الارديني وقد قال الاول انه لم ينظر الى الآن بخلاف وترتيبهم الحكم على المحرم المستعير لانه المباشر والمعير معين (قوله) «ولو كان في يد محرم فاستعاره محل جاز لزوال ملك المحرم عنه بالاخرام كما يؤخذ من الصيد ما ليس بملك» كما ذكر ذلك كله في الشرائع وكذلك الارشاد وقد اعترضها المحقق الثاني والشهيد الثاني والمقدس الارديني بان المار شرطه كونه ملكاً للمعير وهو هنا منتف لمكان زوال ملكه وبان سليحه للمحل اعانة على الصيد وابانت سلطنة للغير عليه وهو محرم على المحرم فلا يناسبه اجواز وبانه يحرم قبوله من المحل لاعائه على الاثم (قلت) من المعلوم ان ذلك انما هو اذا كان المحرم في المحل والصيد في المحل وان ليس هناك الا صورة عارية فالغرض من الجواز صحة تملك المحل له وانه لا شيء للمحرم عليه وان فعل حراماً بالاغانة كما انه عليه فخر الاسلام في شرح الارشاد بل قد لا نقول ان ذلك اعانة بل نوع اكتساب بل قد يكون على بعض الوجوه اعانة على فعل الخير كما اذا كان مصرّاً على ابقائه في يده او اكله وقال في التذكرة لو كان الصيد في يد محرم فاستعاره المحل فان قلنا ان المحرم يزول ملكه عن الصيد فلا قيمة له على المحل لانه اعارة ما ليس بملك له ولما حرره الجزاء لو تلف في يد المحل لتعديده بالاغارة فانه كان يجب عليه ارساله ومثله قال في الفرع الاول فيما يأتي من الكتاب اذ المراد بالضمان ضمان الجزاء فقد وسع المحرم في الكتابين بالتعدي ولم يسه المحل بانه معين على الاثم فتأمل (ولقائل ان يقول) انه صار مثل سيد الحرم وفيه تأمل وقال في التذكرة وان قلنا ملكه لا يزول صحت الاعارة وعلى المحل القيمة لو تلف الصيد عنده وقد اعترض كلامه هذا في جامع المقاصد بان صحة الاعارة مع وجوب ارسال ورفع السلطنة عنه مشكل وامات القيمة شكل لان العارية تقتضي عدم الضمان الا ان يراد بالقيمة الجزاء لله سبحانه (قلت) ان كان الصيد تلف عند المحل في المحل كما هو المفروض في عبارة التذكرة وغيرها فلا شيء عليه ولعل صحة الاعارة لان الامر بالشئ لا يقتضي النهي عن ضده الخاص عنده فتأمل جيداً لانه يمكن ان يقال انها تقيضان كالحركة والسكون اه ان النهي في المعاملة لا يفسدها او انه لا امر خارج عنها كالبيع وقت النداء لان المنفعة مباحة للمحل واهل للترفع عليه بالمقد لكن القول بانها تقيضان يهده ذلك (وليعلم) ان المقدس الارديني اخذ بتناول الجواز في عبارة الارشاد بتاويلات بعضها بعيد عنها حمل المعير على ما اذا كان حاهلاً اه كان ثلثاً عنه والصيد محرم في ملكه او في غيره او في يد وكيله ولم يعلم الوكيل اي باخراجه فقال المحل اسرفني فني اعطني انفع به فاخذه قال وسماها استعارة للاشتراك في الفائدة (قوله) «يجوز استعارة الجوارى للاستمتاع» كما في المبسوط والتذكرة والتحريم وجامع المقاصد والمسالك وفي الاخير الاجماع عليه وظاهره انه اخرج من الخاصة والعامة لكن قال في التذكرة لا يجوز استعارة الجوارى على الاثني وكأنه يشير الى ما حكاه في المبسوط عن مالك حيث قال يجوز ذلك وقال في الشرائع ولا يستباح وطى الامة بالعارية وقد يعطى ذلك جواز التقبيل واللمس فتأمل (قوله) «يجوز للخدمة وان كان المستعير اجنبياً» كما نص عليه في المبسوط والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وفي الاخير انه لا خلاف عندنا في جواز عارية الجارية للخدمة سواء كانت حصة او قبيصة وسواء كان المستعير اجنبياً ام محرم لكن يكره اعارتها للاجنبي

ويكره استعارة الابوين للخدمة ويستحب للترفه ويحرم اعارة العبد المسلم من الكافر (فروع الاول) لو تلف الصيد عند المحل المستعير من المحرم لم يضمنه المحل لزوال ملك المحرم عنه بالاحرام وعلى المحرم الضمان لانه تعدى بالاعارة لما يجب ارساله (الثاني) لو قال اعرتك حماري لتعيرني فرسك فالاقرب الجواز لكن لا يجب وليس على واحد منهما اجرة اما لو لم يعر الثاني فالاقرب الاجرة «متن»

ونؤكد الكراهة اذا كانت حسنة خوف الفتنة انتهى وتؤكد كراهية اعارة الشابة لمن لا يوثق به صرح به في التذكرة وجامع المقاصد وظاهر الاخير الاجماع عليه ولم يذكر تأكدها فيها في المبسوط وحكي عن الشافعي المنع من اعارتها اي الشابة للخدمة عند من لا يوثق به وفي المبسوط وان كانت مجحوزا حاز بلا خلاف (قوله) ويكره استعارة الابوين للخدمة ويستحب للترفه كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والوجه في احكامين واضح (قوله) ويحرم اعارة العبد المسلم من الكافر قد تقدم الكلام فيه اتفاقا (قوله) فروع الاول لو تلف الصيد عند المحل المستعير من المحرم لم يضمنه المحل لزوال ملك المحرم بالاحرام وعلى المحرم الضمان لانه تعدى بالاعارة لما يجب ارساله قد تقدم الكلام فيه ايضا بما لا مزيد عليه (قوله) لو قال اعرتك حماري لتعيرني فرسك فالاقرب الجواز كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد قال في الاخير لوجود مقتضي وانتفاء المانع لان المذكور شرط لا عوض ولا ريب ان العارية عقد يقبل الشرط الذي لا يتنافى مقتضاه وليس الشرط عوضا انما العوض ما جعل مقابلا كهذا بهذا (قلت) هذا تفصيل ما اجمله في التذكرة ونحوه ما في الايضاح من انه شرط وليس بعوض لان مقتضي للعوضين عقد واحد وهنا ليس كذلك انتهى فتأمل فيه ولعله اراد بالعقد الواحد ما اذا قال له اعرتك بدرم وبالعقدين ما اذا قال له اعرتك لتعيرني وقد تقدم لنا ان هذا شرط بنافي مقتضى العقد ثم انهم قد قالوا في باب شروط البيع ان الشرط داخل في احد العوضين وقالوا في مواضع انه جزء من الثمن ورتبوا على ذلك ما رتبوا لكن قد يقال ان هذا ليس من ذلك ونظرم في المقام الى ما قالوه في باب القرض شرط البيع محابة من انه لو قال له اقرضتك هذه المائة درهم بشرط ان تزيدني خمسين درهما كان حراما وربما لان الزيادة جاء بها العقد بنفسه وانما لو قال له اقرضتك هذه المائة بشرط ان تبيعني دارك التي تساوي مائة بخمسين فلا ربا لان هذه الزيادة جاءت بواسطة عقد اخر وما نحن فيه من هذا القليل فانه اذا قال له اعرتك بدرم فالعوض جاء به العقد الواحد واذا قال له اعرتك بشرط ان تعيرني فقد جاء العوض بواسطة عقد اخر فليحفظ ذلك في باب القرض وفي نسختين من التحرير انه لو قال اعرتك حماري لتعيرني فرسك فالاقرب الجواز ويحتمل ان يكون اراد جواز الاجارة ويمكن توجيهه بوجوه وان يكون اراد جواز الاعارة ويحتمل ان يكون اعرتك من سهو النساخ اثبتوها مكان اعرتك وقد تقدم في الكلام على التعريف ماله نفع في المقام (قوله) لكن لا يجب اي لا يجب على المستعير عارية ما اشترطه المير كما في التذكرة وجامع المقاصد الاصل وانتفاء المقتضي (قوله) وليس على واحد منهما اجرة اي للآخر لان بناء العارية على التبرع (قوله) اما لو لم يعر الثاني فالاقرب الاجرة كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد قال في التذكرة لان الاذن في الانتفاع لم يقع مطلقا بل مع سلامة النفع اية الشرط فاذا لم يسلم كان له المطالبة بالعوض ووجهه في الايضاح بان كل شرط صح في عقد يثبت الفسخ سواءه فاذا فسخت العارية انتفى مبيع العين بغير عوض فوجبت الاجرة وهذا ان تم فانما يؤثر فيها سياقي اما ما سبق من الانتفاع قبل الفسخ فلا وقد اطلال في جامع المقاصد في تحقيق ذلك ولكن المولى الاردبيلي قال انه لم يعرفه تحقيقا وهو كذلك على الظاهر وحاصله ان عقد العارية في غاية الضعف لانه يعمل في العقد

ولو قال اعرتك الدابة بلفظها فهي اجارة فاسدة تقتضي اجرة المثل وكذا اعرتك الدابة بعشرة دراهم (الثالث) لو اذن الولي للصبي في الاعارة جاز مع المصلحة (الرابع) تجوز استعارة الفعل للضراب والكلب للصيد والسنور والفهد واستعارة الشاة للحلب وهي المنحة وله الرجوع في اللبن مع وجوده عنده «متن»

فيها على قرائن الاحوال كظروف الهدايا وتزعمه في غاية الضعف لانه محرد اباحة فتشفي تزعمه نادى سبب وهو انتفاء الترتيب لا ان انتفائه يسقط على المصالح كما في العقد اللازم القوي ولعل التحقيق ان المطلوب في العقود التملك مثلا والزوم فانما الترتيب يسقط على فتح الدوم وكذلك العارية فان المطلوب فيها محرد الاباحة فالشرط فيها شرط للاباحة فاذا انتفى انتفى ولعله اراده ولم يحجره (مربع) قال في التحرير لو قال اعسل ثوبي فهو استعارة لبذنه ان كان مالا لا يخذ عليه اجرة (قوله) لو قال اعرتك الدابة حلفها فهي اجارة فاسدة تقتضي اجرة المثل وكذا اعرتك الدابة عشرة دراهم (مربع) لو قال اعرتك الدابة حلفها العوض والمدة مجهولين والثانية فيما اذا كان المدة مجهولة ولم يستجود في التذكرة كونها اجارة فاسدة وفي كلامه بعد ذلك ما يقتضي بانها عارية صحيحة قال في التذكرة له الانتفاع فيها بالادن ولا تصرف الجاهلية في العوض ولا في المدة لكونها من العقود الحائزة (قلت) المضاربة والوكالة والهبة من العقود الحائزة وقد قالوا لا تصح المضاربة على المجهول واشتروا في الموكل فيه ان يكون معلوما نوعا من العلم وقالوا لا تصح هبة المجهول وقد يفرق بينه (بينها خ ل) وبين العارية فان ما اشترط فيه العلم في هذه اركان فيها (وفيه) ان من اركان العارية مالا يشترط فيه العلم فيصح ان يعبره احد ما في الاصطلاح من الدواب (وكيف كان) اراده في التذكرة ان من العقود الحائزة مالا يشترط فيها ولا فيما اشترط فيها ما يشترط في اللازمة وما يشترط فيها وليس مانع فيه من المعاضة في العارية لان معاضتها لا تزيد عليها ولا يفرق بينهما الا الصيغة وعدمها فينبغي ان تكون اعادة فاسدة وهو احد وجهي الشافعية فليس عليه ضمان لانها لا يضمن صحيحها وعليه اجرة المثل لان المالك لا يبدل المنفعة بمجانة بل بعوض فاد فالتذكرة العارية واجبة المثل واما كونها عارية فاسدة فلان الاصل في اللفظ ان يكون حقيقة وكونها مجازا في الاحارة حتى تكون احارة فاسدة يحتاج الى دليل ومع ذلك فالعقود بالقصد ومع قصد العارية باللفظ كيف يكون احارة وفي جامع المقاصد ان التحقيق ان يقال ان اراد المصنف قوله فهي اجارة فاسدة انها كذلك من حيث المعنى لكون المنفعة متناهية بعوض ومن حيث الحكم باعتبار وجوب اجرة المثل اذا المالك لم يبدل المنفعة بمجانة وامتناع معنى العارية لانتهاء التبرع بالمنفعة الذي مدار العارية عليه وهو حق (قلت) المنتفع انما هو معنى العارية الصحيحة لا الفاسدة قال وان اراد ان لفظ العارية مراد به الاجارة البتة ولا يقع في هذا العقد اسم العارية الفاسدة فليس كذلك ومن اين يعلم هذا والاصل في الاستعمال الحقيقة مع شبهة بالاحارة الفاسدة اكثر لعل المصنف اراد هذا المعنى فيندفع الاشكال عن كلامه انتهى (اي علم) انه قد ذهب في الشرائع الى جواز الاحارة بلفظ العارية (قوله) (الثالث) لو اذن الولي للصبي في الاعارة جاز مع المصلحة (لا شك في الحواز مع المصلحة والعبرة باذن الولي لاجابة الصبي) (قوله) (ويجوز استعارة الفعل للضراب والكلب للصيد والسنور والفهد) قد تقدم الكلام في ذلك (قوله) (واستعارة الشاة للحلب) اجماعا كما في المسالك على تأمل له في تحقيقه وجمع البرهان والمفاتيح وفي موضع اخر من جمع البرهان كانه لا خلاف فيه وفي الكفاية وموضع اخر من جمع البرهان الظاهر انه لا خلاف فيه وقد اخذه جماعة من باب الاجارة مسلما وظاهرهم انه اجماعي وبالحكم صريح في المبسوط والشرائع

وكذا غيرها « متن »

والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وجمع البرهان قال في الاخير لانه لا مانع منه عقلا ولا نقلا والاصل الجواز وتسلب المالك على ملكه فله ان يسلب غيره عليه بالانتفاع به ولانه بمنزلة الوكالة في الانتفاع ولانه قد وجد جميع شرائط صحتها فتوجد ضرورة ولانه قد يحتاج اليها فشرعها يناسب الشريعة السمحة والحكمة ولعموم ادلة العقود انتهى فتأمل واستدل عليه في التذكرة بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه قال العارية موهدة والخمجة مردودة والدين مقضي والغريم غارم والمنحة هي الشاة ويأتي تمام الكلام ولقد اُغرب في الفنية قال في باب الهبة ومن منح غيره ناقة او بقرة او شاة لينتفع بها مدة لزمه الوفاء بذلك اذا قصد به وجه الله تعالى (قوله) ﴿ وكذا غيرها ﴾ اي يجوز استعارة غير الشاة للحطب من الانعام وغيرها وعداء في التذكرة الى غير اللبن من الصوف والشعر قال في التذكرة تجوز اعارة الغنم للصوف والشعر واستدل عليه بان الحكمة تقتضيه وبما رواه العامة وهو ما سمعته من الخبر النبوي وبما رواه الخاصة عن الحلبي في الحسن عن الصادق عليه السلام في الرجل يكون له الغنم يعطيها بقرية سمنا شيئا معلوما او دراهم معلومة من كل شاة كذا وكذا قال لا بأس بالدرهم ولست احب ان يكون بالسمن وعن عبدالله ابن سنان في الصحيح انه سئل الصادق (ع) عن رجل دفع الى رجل غنمه بسمن ودرهم معلومة لكل شاة كذا وكذا في كل شهر قال لا بأس بالدرهم فاما السن فلا احب ذلك الا ان تكون حوالب فلا بأس قال واذا جاز ذلك مع العوض فبدونه اولى ومراده اذا جاز اعطائه اللبن بالسمن والدرهم فاعطائه بدون ذلك اولى وليس مراده ما ذكره في مجمع البرهان بعد نقل كلامه من انه اذا جاز جعل اللبن عوضا لعمل الراعي من الرعي والحفظ فاعطائه بلا عوض يكون جائزا بالطريق الاولى واكثر ما حكيناه عن مجمع البرهان مما استدلل به على جواز استعارة الشاة للبن جار في استعارتها للصوف واستعارة غيرها للبن وغيره وميل في المسالك والكفاية والرياض الى عدم التعدي عن محل الوفاق وفي الروضة انه ايجوز قال في المسالك لعدم الدليل مع وجود المانع وهو ان الاعارة مختصة في الاصل بالاعيان ليستوفي منها المنافع والنص من طرفنا غير واضح ومن طرق العامة لا يدل على غير الشاة انتهى (وفيه) ان الدليل ما تقدم من الاصل وغيره والمانع الذي اشار اليه هو قول جماعة منهم في تعريفها انها عقد فائدتها التبرع بالانتفاع بالعين مع بقائها (وفيه) انه قد يقال ان الانتفاع قد يكون باخذ عين اخرى منها كلبنها ونائها وثمرتها لانه يقال عرفا انه انتفع بهذه النخلة والشاة اذا اخذ من ثمرة النخلة وصوف الشاة ولبنها وولدها وقد يكون بمجرد الانتفاع بمنفعتيها فاطلاق المنفعة على الاعيان الحاصلة من الاعيان المارة جائز واقع لغة وعرفا بل وشرعا كما في المنحة التي هي محل اجماع فلم يبق الا اجماعهم على عدم صحة اجارة الشاة لصوفها ولبنها لانها لتتمليك المنفعة لا العين مع انه يقضي ايضا بعدم صدق المنفعة على العين (وفيه) ان حمل الاعارة على الاجارة قياس ولا تلازم بينهما واستوضح ذلك باجماعهم على جواز اعارة الشاة للحطب مع انه لا يجوز اجارتها لذلك مع انه قضى اي اجماعهم في باب الاعارة بصحة صدق المنفعة على العين كما عرفت (١) فتصح اعارة النخلة والبيتون والتينة والتوتة وغيرها من الاتجار التي ينتفع بثمارها او اوراقها لان العارية اباحة محضة فان لم تسمها عارية فباي عقد تدخلها بل تصح استعارة الجارية للانتفاع بلبنها وغزلها وتطريزها ونحو ذلك وقد يقال انها نوع اباحة على حدة كما فيما لو قاطعه على اللس مدة معينة بعوض معلوم فانهم قالوا انها ليست بيعا ولا اجارة بل نوع معاوضة ومراضاة سائفة غير لازمة ولا بد من ملاحظة المسئلة في باب الاجارة فاننا اسبقنا الكلام فيها

(١) وعلى تقدير تسليم عدم تناول التعريف المذكور نقول انه مبني على الغالب كما اجمعا على ان كل مانع اعارته تصح اجارته ولا ريب انه اكثرى وطاى والا فهدى المنحة تصح اجارتها ولا تصح اجارتها وقد اجمعا ايضا على انها حائزة واجمعوا على اروتها في بعض الاحوال (منه)

(الفصل الثاني) في الاحكام وهي اربعة (الاول) الرجوع . الطرية عقد جائز من الطرفين الا اذا اعار لدفن ميت فيمتنع بنش القبر الا ان يندرس اثر المدفون فلو رجع في اذن البناء او الغرس قبلهما وجب الامتناع فان غرس حينئذ فللمالك القلع مجاناً والمطالبة بالاجرة وطم الحفر ولو رجع بعد البناء او الغرس او الزرع فالاقرب اجابته لكن بشرط دفع ارش الغرس ولو قبل ادراكه «متن»

❦ الفصل الثاني في الاحكام وهي اربعة ❦

(قوله) ❦ الاول الرجوع العارية عقد جائز من الطرفين ❦ اجماعاً كما في التذكرة والمسالك وكذا التحرير لان العارية تبرع وتفضل فلا يناسبه الالتزام فيما يتعلق بالمستقل وفي الكفاية انه الاشهر نظراً الى خلاف ابي علي حيث حكم بلزومها من طرف الميعر اذا عسر لما مدة لكنه خص الحكم باعارة الارض القراح للغرس والبناء (قوله) ❦ الا اذا اعار لدفن ميت فيمتنع بنش القبر الا ان يندرس اثر المدفون ❦ ونحو ذلك مافي المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان وفي جامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان الاجماع ذكرناه في اثناء كلامهما وقال في التذكرة اذا اعار لدفن ميت مسلم ثم رجع بعد الدفن لم يصح رجوعه ولا قلع الميت ولا بنش القبر الى ان يندرس الميت لما فيه من هتك حرمة الميت ولا نعلم فيه خلافاً وعرضه نفيه من الخاصة والعامة وحكى ذلك عن التذكرة في جامع المقاصد ساكتاً عليه وفي موضع اخر من المسالك ان عدم صحة الرجوع موضع وفاق حكاية في التذكرة ولا كلام في انه له ان يرجع قبل الحفر او بعده قبل وضع الميت وبه صرح في التذكرة وغيرها وانما الكلام فيما اذا رجع بعد وضع الميت وقبل ان يواريه في التراب ففي التذكرة والكتاب فيما يأتي وجامع المقاصد والمسالك والروضة ان له الرجوع ولعله لعدم صدق النبت بعد الوضع وقبل العلم لغة ولا عرفاً (وقد يدعى) انه نبت في عرف الشرع لاستلزامه هتك حرمة الميت ولهذا امروا بقص النجاسة اذا لم يمكن سلبها ولم يجوزوا اخراجه بعد وضعه لسلبها ولا نقله الى قبر اخر بعد وضعه الا الى احد المشاهد المشرفة فليتأمل لانا قد نقول كما سيأتي ان الوجه في منع الرجوع ليس هو لاستلزامه النبت المحرم كما في جامع المقاصد بل لان المقصود من مثل هذه العارية التأييد كما مر بيانه مفصلاً ويأتي عن قريب وقال في التذكرة ان مؤنة الحفر اذا رجع بعد الحفر وقبل الدفن لازمة لولي الميت واستشكل في المسالك والروضة والرياض فيما اذا تعذر عليه غيره مما لا يزيده عوض الحفر واجرته عنه فيقوى كونه من مال الميت وقد يقال ان ذلك على المالك لانه اذن في الوضع ثم منع فكان مثل ارش الزرع كما يأتي فتأمل واتفقت كلمة من تعرض للفرح انه ليس عليه طم الحفر لانه ما ذون فيه والمراد بالميت المسد كما في التذكرة ومن تحكه كوله وانجنون واللقيط كما في غيرها والمرجع في اندراس اثر المدفون الى النظر الغالب بحسب التراب والاهوية (قوله) ❦ فلو رجع في اذن البناء والغرس قبلهما وجب الامتناع ❦ كما هو مطلوب بالاجماع كما انه يجوز اعارة الارض للبناء والزرع والغرس بلا خلاف كما في المبسوط (قوله) ❦ فان عرس فللمالك القلع والمطالبة بالاجرة وطم الحفر ❦ وكذا ارش النقص ان نقصت لانه حينئذ غاصب ظالم وليس لرق ظالم حق وقد فوت منفعتها وتلف بعض اجزائها (قوله) ❦ ولو رجع بعد البناء او الغرس او الزرع فالاقرب اجابته لكن بشرط دفع ارش الغرس او الزرع ولو قبل ادراكه ❦ وكذا ارش البناء وتركه اكتفاء ببيان حكم الزرع والغرس كما صرح بجميع ذلك في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك كما صرح بالاجابة مع دفع الارش في الغرس في الخلاف

(وفيه) انا اجمنا على ان له قلمه مع الضمان وكما صرح بذلك في السرائر في الفرس والبناء وصرح بذلك في الزرع والفرس في الارشاد وكما هو ظاهر المختلف في الزرع ولو قبل ادراكه ونحوه ما في شرح الارشاد لولده (وليعلم) انه لا ارش في الزرع الا قبل الادراك فكل من ذكره فيه اراد ذلك واطلاق هذه العبارات جميعها واطلاق عبارة صلح الكتاب والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف وجامع المقاصد والمسالك في خصوص البناء بل والايضاح هنا (هناك خل) يتناول ما اذا كانت العارية مطلقة غير مقيدة بمدة او كانت موقته بامد معين بل في كل من البناء والفرس والزرع كما في الكتاب هنا وما واقفه وفي الفرس كما في الخلاف وفيه وفي البناء كما في السرائر وفي الزرع والفرس كما في الارشاد وقال في الايضاح في الباب ان الخلاف في مسئلتين (احدهما) في البناء والفرس فان العارية لما ان لم تكن الى مدة جاز الرجوع فيها اجماعاً وان كان الى مدة قال ابن الجنييد لا يجوز قبل اقتضاها (والثانية) في الزرع قال الشيخ وابن ادريس ليس له قلمه قبل ادراكه وان دفع الارش لان له وقتاً ينتهي اليه انتهى (قلت) يشهد له انه قال في المبسوط اذا اذن له في الفرس ولم يعين له مدة ففرس كان له المطالبة بالقلع اذا دفع الارش وقال اذا اذن له الى سنة ورجع قبلها لم يلزمه القلع بلا خلاف ولعل نظره الى هذا في الايضاح وعبارة التحرير ليست ظاهرة في هذا التفصيل وانما فيها تفصيل اخر وقال في جامع المقاصد بعد نقل كلام الايضاح بالمعنى مأنصه وكلام الشيخ في المبسوط في العارية وكل من ابن ادريس في السرائر مصرح بالمنع من الرجوع في الموضعين المذكورين وعنى بها الزرع قبل ادراكه وما اذا كانت عارية البناء والفرس موقته بامد معين ثم قال لكن هذا لا يدل على ما ادعاه من الاجماع (قلت) في كلام المبسوط شهادة على ذلك ولم يصرح في السرائر بالمنع في صورة التوقيت كالمبسوط والموجود فيها انه يجبر المستعير على القلم في البناء والفرس من دون فرق بين الاطلاق والتوقيت كما حكينا عنها انفاً هذا والشيخ في صلح المبسوط لم يجوز له الرجوع مادامت الجذوع في صورة الاطلاق في البناء لان المقصود بوضعها التأييد دون القلع وهو المحكي عن القاضي وكأنه مال اليه او قال به الشهيد وقد قويت في باب الصلح لمكان الضرر الذي لا يجبره الارش لانه قد لا يجد من يبني له وانه لو لم يعره لربما سهل عليه تحصيل غيره فقد غره ولا يعارضه ان المنع ايضا ضرر على المالك لانه هو ادخله على نفسه والعادة بان هذه العارية دائمة ولا عاقل يرتكبها بدون الدوام فكانت كالعارية للدفن ولا يجدي الفرق بان النباش حرام وانه قياس لتنجيح العلة المشتركة وظهورها ولا فارق اذ على تقدير جواز الرجوع لا يكون النباش حراماً بل يكون مستثنى كغيره من المستثنيات وهذا كله حار في الفرس ووجه ما قالوه هنا ان بناء العارية على الجواز وال لزوم يحتاج الى دليل وهو منتهى واللزوم في الدفن خرج بالاجماع والقياس باطل مع وجود الفارق فان هتك حرمة المسلم لا يدل لها بخلاف ما يتلف من المال بالقلع فان له بدلاً (قولكم) لا ضرر ولا ضرار (قلنا) هو مشترك بين المعير والمستعير والضرر لا يدفع بالضرر مع انه اذا دفع الارش حصل الجمع بين الحقيين وانت قد عرفت الحال في ذلك وان هتك حرمة المسلم واذنبه واذلاله لا يدل لها في بعض الصور كما اذا هدم بناء في الشتاء حيث لا يجد غيره ولا يضرنا اجماع الايضاح كما لم يفتواهم الى اجماع المبسوط وقد اتفقت كلمتهم في المقام على لزوم الارش كما سمعت وفي مجمع البرهان انه هو المسطور في الكتب فكانت لا خلاف فيه (قلت) قد استشكل فيه المصنف ولولده والشهيد من انه بناء وغرس محترم صدر باذن فلا يجوز قلمه الا بعد ضمان نقصه ومن انه اي المستعير قد ادخل الضرر على نفسه باقدامه على العارية القاضية بالرجوع القاضي بالتعريب في اي وقت شاء فكان هو المهدم والسبب مع ان الاصل برائة ذمة المالك من ثبوت مال لغيره عليه من جهة تخليص ملكه منه بل اصالة البرائة مطلقاً وهذا وعلى تقدير ثبوت الارش هل هو عوض مانقص من آلات الواضع بالهدم او تفاوت ما بين العامر والخراب او عوض جميع ما اخرج المالك حتى اجرة الاكار احوال واحتمالات تقدم بيانها في باب الصلح وياتي ايضا في الشرائع والمسالك ومجمع البرهان ليس له

والاقرب توقف تملك الفرس بالقيمة او الابقاء بالاجرة عَلَى التراضي منهما ولورجع في عارية الجدار لوضع خشب قبله جاز وبعده عَلَى الاقوى «متن»

المطالبة بدون الارض وهو مقتضى كلام التذكرة اذ قد يقطع ولم يعطه شيئا بخلاف ان اخذ ولم يقطع فانه وان كان فيه ضرر ولكن يتولى الامر الحاكم فيجبره والاقله بنفسه (والحاصل) ان هذا الدفع نوع من المعاوضة ومن شأنها انهما مع الاختلاف يحجران عَلَى التبايض وانما حكموا هنا بسبق دفع الارض لامتناع المعية وفي البسط عَلَى الاجزاء حرج والضرر عن الدافع متدفع بخلاف العكس فلذا حكموا بتقدمه وبه بقوله ولو قبل ادراكه عَلَى رد خلاف المبسوط والسرائر حيث منع فيهما من الرجوع في العارية للزرع قبل ادراكه لان له امدا ينتظر فلا يجوز الرجوع قبله كما سمعته انما فهو منطلق بالزرع خاصة كما هو الواقع لان الخلاف انما هو فيه وعليه نهت عبارة الشرائع حيث فصله عن البناء والفرس ولا يصح ان يكون تنبيهاً عَلَى خلاف ابي علي فيكون متعلقاً بحكم الفرس والبناء لوجوه ولا ترجيح في التحرير وما اختاره هنا هو المشهور كما في الكفاية وخيرة الشرائع كما سمعت والمختلف وجامع المقاصد والممالك لكنه يستشكل المصنف فيه قرياً ولما كان الارض مترتبة عَلَى التفاوت بين الحالتين فحيث ينتهي التفاوت كما اذا كان الرجوع بعد ادراك الزرع لارض فالانبان بواو صلية يحتاج في توجيهه الى تكلف تعرض له في جامع المقاصد والممالك والارض في الزرع هو تفاوت ما بين كونه مقلوعاً وبين كونه مدركا ان كان للمقلوع قيمة والا فيحتمل جميع قيمته اذا ادرك (قوله) «والاقرب توقف تملك الفرس بالقيمة» اي عَلَى التراضي منهما كما يأتي وهو خيرة التذكرة والمختلف والابيض وجامع المقاصد ووجه ظاهر لانه معاملة في بيع والمختلف الشيخ في المبسوط قال وان قال المصنف انما اغرم لك قيمتها فطالبه باخذ القيمة كان ذلك له واجر المستعير عَلَى قبضها لانه لا ضرر عليه وحكي مثله عن ابي علي فبا اذا كانت الاعارة غير موقفة وفي التحرير بعد نقل كلام الشيخ ان فيه نظراً ولعلها نظراً الى ان قامه سفة وان العارية مكربة ومبرة واحسان فلا يلقى منع المعير ولا تنصيص مال المستعير والاصل في ذلك الموثق الذي رواه الشيخ في باب المزارعة في رجل اكرى داراً وفيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلاً وشجراً وفواكه وعير ذلك ولم يستأمر صاحب الدار في ذلك فقال عليه الكرى ويقوم صاحب الدار الارض والفرس قيمة عدل فيعطيه المارس ان كان استأمره في ذلك لكن ليس في رواية الكافي ان كان استأمره في ذلك فعليها يكون الجبر لا يبي علي فيما يذهب من ان لصاحب الارض المعصومة ان يملك ما زرع الغاصب فيها وما غرس كما يأتي الكلام فيه مسبقاً في باب النصب وباب الاحارة وضغوه بان نقل الملك من مالك الى اخر لا يكمي فيه عدم الضرر بل لابد من التراضي وياتي للمصنف في باب الاجارة موافقة المبسوط وقد استغننا الكلام فيه هناك وقد استدلل عليه في مزارعة الخلاف بالاجماع والاختار ومفهوم الخبر المشهور ليس لعرق ضام حق وبخبر غابشة كما يبناء في باب الاحارة (قوله) «او الابقاء بالاحرة عَلَى التراضي» اجماعاً كما في الابيض وفي التحرير لو قال المستعير انا ادفع قيمة الارض لم يلزم المالك اجابته اجماعاً ولعله لما تقدمه ولان الارض اصل والفرس والبناء تابعان وينبغي التأمل في وجه درجة تحت الاقرب مع انه اجماعي ولعل المصنف نظر الى ان كلام الشيخ في مثله بقضي بانه لا يشوق هنا عَلَى التراضي كما يبناء في باب الاجارة (قوله) «ولورجع في عارية الجدار لوضع الخشب قبله جاز» اجماعاً مستفيضاً نقله كما تقدم في باب الصلح (قوله) «وبعده عَلَى الاقوى» قد تقدم الكلام فيه في باب الصلح وحكي هنا جواز الرجوع عن عشرة كتب في البابين وحكيما عدة جوازه عن الشيخ والقاضي وقويتاه وقتنا ظاهر التهيد في الدروس التردد ولعله انما اعاده ليرتب عليه ما بعده او يكون غفل عنه

فيستفيد التخيير بين طلب الاجرة للمستقبل مع رضا المستعير وبين القلع مع دفع ارش النقص وان ادى الى خراب ملك المستعير لكون الاطراف الاخر مثبتة عليه على اشكال ولو انهدم الحائط او ازال المستعير الخشب باختياره او باكره او انقلعت الشجرة لم يملك اعادته سواء بنى الحائط بآته او بغيرها مالم يحدد له الاذن (فروع الاول) لو رجع في الاعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جاز (الثاني) لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس كان له القلع مجانا على اشكال وفي استحقاق الاجرة قبله نظر «متن»

لتطاول العهد (قوله) فيستفيد التخيير بين طلب الاجرة للمستقبل مع رضا المستعير وبين القلع مع دفع ارش النقص يريد ان المعير يستفيد برجوعه تخيير الشارع له بين الامرين (قوله) وان ادى الى خراب ملك المستعير بكون الاطراف الاخر مثبتة عليه على اشكال كما في الشرائع والتحريم وهو ظاهر التذكرة وجمع البرهان حيث لا ترجيح وفي المبسوط والسرائر والارشاد الجوز بمهمه من الرجوع وان بذل الارش واختير في المختلف والايضاح وجامع المقاصد والمسالك ان له الرجوع واحتجوا للشيخ بان رجوعه اي المعير مستلزم للتصرف في ملك الغير وتخريب بئانه الواقع في ملكه والثابت له شرعا انما هو تفرغ ملكه لا تخريب ملك الغير وهو احتجاج واه ضعيف جدا ولهذا اجابوا بانها عارية ومن لوازمها جواز الرجوع وما ذكر لا يصلح لمنع لان تفرغ ماله المعير مع المطالبة واجب فاذا توقف على تخريب ملكه كان من باب المقدمة التي لا يتم الواجب الا بها فيجب من هذه الحيثية والمستعير ادخل الضرر على نفسه ببئانه في ملكه بناء معرضا للزوال والاجود في الاستدلال للشيخ بلزوم الضرر الذي لا يجبره الارش وان العادة قاضية في مثل ذلك باللزوم وبدونه لا يرتكها عاقل فكانه قال اعرفني مادام خشني باقيا وليس لك الرجوع قبله وقد اعاده والتزم بذلك فكانت كالعارية للدفن كما تقدم بيانه وبهذا يصير لكلام الشيخ ومن واقفه وجه ولعل ذكر هذا الفرع هو السبب في اعادة المسئلة التي قبله كما نبهنا عليه انفا (قوله) ولو انهدم او ازال المستعير الخشب باختياره او باكره او انقلعت الشجرة لم يملك اعادته سواء بنى الحائط بآته او بغيرها مالم يحدد له الاذن قد اسبقنا الكلام واستوفينا في المسئلة في باب الصلح وحكيانا عن ظاهر التذكرة الاجماع على ذلك وحكيانا الحكم عن عشرة كتب وقلنا ان التخيير تعرض للمسئلة في اربعة مواضع من المبسوط وانه لا يرد عليه ما اوردته في المختلف (قوله) فروع الاول لو رجع في الاعارة للدفن بعد وضع الميت في القبر قبل الطم جاز قد تقدم الكلام فيه مستوفى انفا (قوله) الثاني لو رجع قبل الغرس فلم يعلم حتى غرس جاز له القلع مجانا على اشكال اذا رجع المعير قبل الغرس وقد علم المستعير فان غرس حينئذ وجب عليه قامة مجانا لقوله صلى الله عليه وآله وسلم ليس لعرق ظالم حق ويجب عليه اجرة ما استوفاه من منفعة الارض على وجه التعدي وسلم الحفر لانه غاصب واما اذا لم يعلم حتى غرس فالاقوى ان ليس له القلع مجانا بل مع الارش كما لو لم يرجع لانه غير مفروط ولا عاصب كما في التذكرة ويشبه تصرف الوكيل جاهلا بالعرل وقد جعل منشأ الاشكال في الايضاح وجميع المقاصد من ان الماذون له في امر اذا رجع الاذن ولم يعلم الماذون هل يبطل اذنه ام لا وقد اختير فيهما في الوكالة انه لا يبطل اذنه اذ لو بطل اذنه ونفذ هنا رجوعه لاقتضى تكليف مالا يطاق لانه يستلزم خطاب الغافل اكن المصنف هناك اختار انزال الوكيل بالعرل سواء علم ام لا وباتي تحقيقه في باب الوكالة ان شاء الله تعالى (قوله) وفي استحقاق الاجرة قبله نظر اي في وجوب الاجرة للمالك واستحقاقها قبل القلع نظر اصحبه عدم الوجوب كما في جامع المقاصد وهو قضية كلام الايضاح اذ منشأ النظر هو منشأ الاشكال المتقدم فان الرجوع ان نفذ كان تصرفه في ملك الغير بغير اذن فوجب الاجرة والا

ولو حمل السيل نواة فنبت في ارض غيره اجبر المالك على القلع والا قرب ان عليه تسوية الارض لانه قلعه لتخليص ملكه ولصاحب الارض الازالة مجاناً الثالث لو رجع في اذن الزرع وقد بلغ البصيل وجب قصله مجاناً لانتفاء الضرر ومع الضرر الارش "متن"

فلا (قوله) ❁ ولو حمل السيل نواة فنبت في ارض غيره اجبره المالك على القلع ❁ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان ملكه قد تنفل ارض غيره بنهر حق فيجب تخليصها منه ولا ارش عليه كما في المبسوط والسرائر والشرائع وهو معنى قول المصنف ولصاحب الارض الازالة مجاناً (وقد يقال) انه لا يجبر ان كان زرعاً لان قلعه اتلاف على المالك ولم يوجد منه ترميط ولا عدوان وضرره غير دائم فاشبه ما لو حصلت دابته في ملك غيره على وجه لا يمكن خروجه الا بقلع الباب او قتلها فانه لا يجبر على قتلها فيقر في الارض الى حين حصاده باخرة المثل بخلاف الشجر فان ضرره يدوم فيجبر على ازالته كاخضار النخلة السارية في هواء ارض غيره وهو قوي لكن يشهد لكلامه في المقام كلامهم في باب الديات فيمن دخلت دابته زرعه المحفوف بملك الغير ووافق كلامهم في باب النصب فيما اذا وقع دينار في محرته او دخل فصيل يته من دون ترميط مهمل (والذي ينبغي ان يقال) في المقام ونحوه مما لا تقصير فيه من احد ان يلحظ الاكثر ضرراً اما لدوام الضرر او لغيره فيجبر الاخر على الازالة فان تساوى فاجب من بذل الارش ويجبر الاخر فان بذل او امتنع فالقرعة فليحفظ هذا الضابط وقال في التذكرة لو حمل السيل حب الغير او نواه او جوزة او لوزة الى ارض اخر كان على صاحب الارض رده على مالكة ان عرفه والا كان لقطعة فان نبت في ارضه وصار زرعاً او شجراً فانه يكون لصاحب الحب والنوى والجوز واللوز لانه غنا اصله كما ان القرخ لصاحب البيض لانهم فيه خلافا انتهى وفي المبسوط والسرائر وجامع المقاصد ان له في المالك اجرة الارض لانها حصلت فيها بغير صنع منه وفي الاخير ان ذلك اذا قصر في القلع وقضية كلامه ان ليس عليه اجرة ان لم يقصر فيه وقد يقال ليس عليه اجرة اصلاً لانه قد حصل بغير ترميط فاشبه ما لو ماتت دابته في دار انسان بغير ترميطه فليأتمل وقد تعرضنا لهذه المسئلة في باب المزارعة فلتحفظ هناك (قوله) ❁ والا قرب ان عليه تسوية الارض لانه قلعه لتخليص ملكه ❁ كما في التحرير والاقوى كما في الابيض والاصح كما في جامع المقاصد في الباب وما المزارعة و به جزم في التذكرة قال فاشبه فصلاً دخل دار انسان ثم كبر فاحتاج صاحبه الى نقض باب الدار فان عليه رده واصلاحه لانه فعله لتخليص ملكه وهذا التعليل مشترك بين صاحب الارض والنوى فلا يستلزم ما ادعاه بل العائدة في التخليص لصاحب الارض اكثر بل قد لا يكون للمالك فائدة ولعل الاولى في التعليل ان يقال ان شغل ارض المالك لما كان بنهر حق وجب ان يكون دفع ذلك واجباً على مالك النوى وما يحدث من الضرر عليه ازالته متأمل والحظ ما اذا تركه لصاحب الارض واعرض عنه فانه لا يلزمه نقله ولا اجرة ولا غير ذلك لانه حصل بغير ترميطه ولا ريب ان صاحب الارض حينئذ مخير بين ابقائه وبين قلعه واما اذا كان النوى والحب مما اعرض عنه المالك فلصاحب الارض تملكه ولصاحبه الرجوع فيه قال في جامع المقاصد ولو جعل المالك مع عدم تحقق الاعراض فهو مال مجهول المالك (قلت) هو لقطعة كما مر عن التذكرة يجب ترميطه الا ان يحصل اليأس من ما ذكره في الحال فيجوز التصديق به وان اراد تملكه فلا بد من التعريف (قوله) ❁ ولصاحب الارض الازالة مجاناً ❁ قد تقدم الكلام فيه (قوله) ❁ لو رجع في اذن الزرع وقد بلغ القصل وجب قصله مجاناً لانتفاء الضرر ومع الضرر الارش ❁ وقال في التحرير ان كان مما يمكن حصاده فصلاً فالوجه التردد وقال في التذكرة اذا استمار للزرع فزرع ثم رجع المير قبل ان يدرك الزرع فان كان مما يمتد قطعه بالقصل قطع فان امتنع اجبر ان لم ينقص بالتصا لا ا ش اذ لا نقص وان نقص فله القطع لكن مع دفع الارش وان

(الرابع) لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً وتسوية الحفر الزم الوفاء ولا ارش وان شرط الاول لم يكلف المستعير التسوية (الخامس) لو لم يشترط القلع فاراده المستعير فله ذلك وهل عليه التسوية اشكال ينشأ من انه كالمأذون في القلع باصل الاعارة ومن انه قلع باختياره فليرد الارض كما كانت «متن»

كان مما لا يعتاد قطعه فالاقرب ان حكمه حكم الرجوع في الغرس في القلع والتبعية فقد التفت في التذكرة على ما فهمه منها صاحب جامع المقاصد الى ان اطلاق الزرع في كلام المعير والمستعير ينزل على العادة الغالبة فيه فان كان مما يعتاد فصله تنزل الاعارة عليه فيجب فصله عند بلوغه او ان القفل مع الارش وبدونه على التفصيل والا فالاقرب ان حكمه حكم الرجوع في الغرس وقد جزم فيه اي الغرس فيها اي التذكرة بالرجوع مع الارش والمصنف هنا لم يفصل بالاعتناء وعدمه وقضية اطلاق كلامه الجزم بوجوب فصله وقطعه مجاناً اذا رجع ولا ضرر وان لم يعتد فصله فالمخالفة انما هي في خصوص هذا الشق وعند التحقيق لا اختلاف بين الكتابين في الحكم ولا اراه الا اراد في احدهما ما اراده في الاخر مع اختصار في عبارة الكتاب لان مالا يعتاد فصله لا يقال فيه انه بلغ القفل فتأمل وفي جامع المقاصد انهما مختلفان فوافق هو التذكرة وخالف الكتاب ولم يظهر لنا الاختلاف الا ان يكون قد اراد انه اذا كان حكمه حكم الغرس تكون المسئلة خلافية بخلاف ما اذا كان معتاد القفل فانه لا خلاف فيه وقد علمت ان الخلاف هناك ضعيف نعم في كلام المصنف في الكتاب مخالفة وهو انه في الغرس قال الاقرب اجابته وقضية اطلاقه هنا الجزم بوجوب الاجابة (ثم) ان في عبارة التذكرة مناقشة على ما فهمه منها صاحب جامع المقاصد وهو انه فرض المسئلة فيها فيما اذا اعاره للزرع ثم رجع قبل ان يدرك فالظاهر انه استعارها له الى ان يدرك ثم فصل بانه ان كان مما لا يعتاد فصله نزلت الاعارة على ادراكه وان كان مما يعتاد فصله فذلك ادراكه حملاً للاطلاق على العادة الغالبة فينبغي ان يكون المعير رجع قبل او ان القفل فيما يعتاد فصله فليتأمل جيداً ثم انه ان كان مما يعتاد فصله وكانت الاعارة منزلة عليه وانه يجب فصله فلا يتجه الزامه بالارش وان نقص فتأمل وهو مما يرد على الكتابين على ما فهمناه (وكيف كان) فلا نرى وجهاً لفصله عما سبق الا بيان ان من الزرع مالا ارش فيه ان قلع قبل ادراكه وهو ما اذا بلغ القفل فانه تارة فيه ضرر وارث وتارة لا ضرر فلا ارش فليتأمل (قوله) **❁ لو شرط القلع عند الرجوع مجاناً وتسوية الحفر الزم وان شرط الاول لم يكلف المستعير التسوية ❁** اذا غرس قبل رجوعه فان امكن قلعه من غير نقص يدخله قلع وان لم يمكن الا مع النقص والعيب فان كان شرط عليه القلع مجاناً وتسوية الحفر الزم ذلك عملاً بالتسوية عليه السلام المؤمنون عند شروطهم فان امتنع قلع المعير مجاناً وان كان قد شرط القلع مجاناً دون التسوية لم يكن على المستعير التسوية لان شرط القلع ضا باخفر كما في المبسوط والتحرير والتذكرة (قوله) **❁ لو لم يشترط القلع فاراده المستعير فله ذلك وهل عليه التسوية اشكال ينشأ من انه كالمأذون في القلع باصل الاعارة ومن انه قلع باختياره فليرد الارض كما كانت ❁** هذا الاخيرة التذكرة لما ذكر ولا ترجيح في المبسوط والتحرير وفي جامع المقاصد ان المسئلة محل تردد فتحن فيها من المتوقفين (ونحن نقول) ان الاذن في الغرس لا يقتضي الاذن في القلع ولا دليل يدل على ذلك اذ لعله مما لا يقبله احد منهما ويبقى الى ان يفتى بالقلع جناية لا اذن فيها ويكني الشك في تناول اللفظ له اذ الاصل في الجناية على مال الغير ان تكون مضمونة الا ان يعلم الاذن فيها ويشهد على عدم العلم بالاذن لعدم الدليل الواضح تردد هو لا الاجلاء مع اختيار التذكرة ان عليه التسوية وقال انه اظهر وجهي الشافعية ولا يعارضه اصل البرائة لان شرط التمسك به ان لا يكون في مقام الاصرار بمسلم لان الضرورة

(السادس) يجوز للمعير دخول الارض والانتفاع بها والاستغلال بالبناء والشجر وكل ما يضر البناء والفرس والمستعير الدخول لسقي الشجر ومروءة البناء دون التفرج « متن »

قاضية بنفي الاضرار الثابت بالعقل والشرع (وليس لك ان تقول ان الدال على اقتضاء الاذن التلازم الخارجي كما هو الشأن في مقدمة الواجب) (لانا نقول ان شرط ذلك القطع العقلي والعربي واليه يؤل نظر المستدل ولا قطع بل ولا ظن عربي ولا عقلي ويرشد الى ذلك انه يصح اشتراطه واشتراط عدمه منه ولو كان من باب التلازم في الخارج لما صح ذلك سلمنا لكنه انما اذن له فيه على وجه لا يدخل عليه فيه ضرر فكان كالاذن في رد العارية حيث يحتاج الى مؤنة فانها على المستعير لا على المعير قولا واحدا وكان كما لو اذن له في ادخال فضيله الى داره ثم كره فاحتاج مالكة الى نقض باب الدار فان عليه رده واصلاحه فان فعله تخليص ملكه وليس الاذن في ادخال التفصيل ادنا في نقض الباب فتأمل في هذا الاحير وفي جامع المقاصد ان مثل ما نحن فيه ما لو قصت الارض بالقلع فان في وجوب الارض اشكالا ونحن نقول انه يجب عليه الارض نعم لو قصت بالفرس فلا ارض و به صرح في التذكرة وستعرض لمثل ذلك في باب (كذا) ونستوفي الكلام فيه ان شاء الله تعالى وقضية قول المصنف انه لو لم يشترط القلع انه لو اشترط لم يجب عليه التسوية ووجه ان القلع حينئذ ماذون فيه فلا يكون ما احدث بسببه مضموما وهو خيرة جامع المقاصد والقول بالوجوب ليس بذلك البعيد كما عرفت (قوله) ➤ يجوز للمعير دخول الارض والانتفاع بها والاستغلال بالبناء والشجر وكل ما لا يضر البناء. ➤ قد صرح به يجوز للمعير دخول الارض والاستغلال بشجرها في المبسوط والتذكرة والتحرير والمعة وحاميه المقاصد والمسالك والكفاية وزيد في المبسوط والتذكرة الانتفاع بالارض كما في الكتاب كما زيد في الثاني الاستغلال بالبناء والكل بمعنى ومن اقتصر على الاستغلال بالشجر فرض المسئلة في العارية للفرس (الضايط) كما في المسالك انه يجوز له الانتفاع بها بكل ما لا يستلزم التصرف في الفرس والبناء وهو معنى قوله في الكتاب وكل ما لا يضر بالبناء اد معناه انه يجوز له كل ما لا يضر بالبناء فتأمل قال في التذكرة للمعير دخول الارض والانتفاع بها والاستغلال لانه حائس على ملكه وليس له الانتفاع شي من الشجر ثمر ولا عصف ولا ورق ولا غير ذلك ولا يضر به (كذا) في الحائط ولا التسقيف عليه وفي المبسوط والتحرير ليس له الانتفاع بالشجر من شد دانه وعبرها هذا وقال في الترائع للمستعير ان يدخل الارض ويتطير شجرها وهذا لم يذكره احد كما في المسالك الا الشهيد في المعة فانه ذكر جواز استغلال كل مهبط بالشجر ولعله اجود من الاقتصار على المستعير تم انهم شرطوا به جواز دخوله ان يدخل ما يتعلق بمصلحة الشجر وعلى تقدير جوازه لانه لا تكتفى للشرائع في تخصيصه من بين الوجوه التي ينتفع بها الا ان يكون اراد بيان الفرد الاخرى فتأمل (قوله) ➤ وللمستعير الدخول لسقي الشجر ومروءة البناء دون التفرج. ➤ في المبسوط والتحرير انه ليس له الدخول بعير حاجة وزاد في الثاني قطعاً قال ليس له الدخول بعير حاجة قطعاً وفي دخوله حاجة سقي الفرس وجهان قوي الشيخ المذم وهو كذلك لكنه ذكره في مسئلة بيع الفرس في الاحكامي قال والا فوي انه لا يجوز في المسئلتين ولم يذكر هنا الا الوجهين من دون تقوية لاحدهما قال وجهان احدهما ليس له الدخول لان الانتفاع بالارض لا يجوز بعد رجوعه والثاني له ذلك لانا ان لم نجعل له الدخول لمصالح الفرس اتلفنا عليه ذلك وذلك لا يجوز انتهى وقد فرض المسئلة في الرجوع في العارية ونحوه ما في التحرير حيث فرض المسئلة فيها اذا رجع المعير ولم يدفع قيمة الفرس ولا ضمن الارض وامتناعا من البيع وظاهر جماعة خلاف ذلك كما نسمع الا ان يحمل على صورة عدم الرجوع وعدم البيع على الغير فتلتزم الكلمة وعلى تقدير المنع ينبغي ان لا يدخل الا باجرة فليتأمل قال في التذكرة ليس للمستعير دخول الارض للتفرج الا باذن المعير لانه تصرف غير ماذون فيه نعم يجوز

(السابع) لكل من المستعير والمعير بيع ملكه من صاحبه ومن اجنبي (الثامن) لو اعاره للفارس مدة معينة فله الرجوع قبله وقبل انقضائها مع الارش وهو التفاوت بين كونها قائمة الى المدة ومقلوعة قبل انقضائها وله الرجوع بعدها والالزام بالقلع مجانا « متن »

له الدخول لستي الشجر ومرة الجدر حراسة لملكه عن التلف والضياع ونحوه ماقي جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية لان الاستعارة وقعت لمنفعة معينة وهو الفرس فلا يتمداها وقد سمعت ماقي الشرائع واللمعة وحكي عن الشافعية في الوجه الثاني المنع لانه يشغل ملك المعير الى ان ينتهي الى ملكه وقال في التذكرة على ما اخترناه من الجواز لو تطلعت البقعة على صاحب الارض بدخوله لم يمكن الا بالاجرة جمعا بين حفظ المالكين ويعلم من قولهم ان ليس للمستعير الدخول للتفرج انه لا يجوز لاحد الدخول الى ارض غيره للتفرج بطريق اولي الا باذن المالك نعم لو كان صديقا توجه الجواز مع عدم قرينة الكراهية وقد نبه على ذلك في المسالك (قوله) ❁ لكل من المستعير والمعير بيع ملكه من صاحبه ومن اجنبي ❁ اما بيع المستعير للمعير فما لاخلاف فيه فيها اجد قال في المسالك اخلاف في بيعه للمعير (قلت) وكذا لاخلاف في بيع المعير للمستعير وللاجنبي وانما اخلاف في بيع المستعير للاجنبي في المبسوط ان الاقوى انه لا يجوز لانه لا يمكن تسليمه وقد تقدم انه قوى في المبسوط انه ليس له الدخول فلا يمكن التسليم وفي التحرير انه ينبغي على جواز الدخول فان سوغنا جاز البيع والا فلا وقد نسب القول بالمنع في جامع المقاصد لبعض العامة وفي المسالك لبعض منا ولم يعينه وقد حكاه في التذكرة عن احد وجهي الشافعية وقال انهم استندوا الى انه في معرض الهدم ولان ملكه غير مستقر وردّه بان الحيوان المشرف على التلف يجوز بيعه وكذا العبد المستحق للقتل قصاصا ولم يتعرض هو ولا غيره لذكر الشيخ ولا لدليله (والقول بالجواز) هو المشهور كما في الروضة وخيرة الشرائع والتذكرة واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة لانه مالك غير ممنوع من التصرف فيه فيبيعه على من شاء وفي المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة انهما لو اتفقا على بيع ملكهما معا ثمن واحد صح ووزع الثمن عليهما وفي الخمسة الاخيرة انه يقسط الثمن على ارض مستغولة به على وجه الاعارة مستحق القلع بالارض او الابقاء بالاجرة او التملك بالقيمة مع التراخي وعلى ما فيها مستحق القلع على احد الوجوه فلكل حصة ما يملكه (وانت خبير بان القلع لا تجري فيه الوجوه السابقة بل الارض خاصة والاخران اعني الاجرة والقيمة انما يجريان في الابقاء فالتعبير لا يخفى عن قصور (قوله) ❁ لو اعاره للفارس مدة معينة فله الرجوع قبله وقبل انقضائها مع الارش ❁ قد اشار اليه المصنف فيما سبق وقد استوفينا الكلام فيه هناك والتقييد بالارض مخصوص بما اذا رجع قبل انقضاء المدة لانه اذا رجع قبل الفرس لانقص (قوله) ❁ وهو التفاوت بين كونها قائمة الى المدة ومقلوعة قبل انقضائها ❁ في المبسوط وغيره انه التفاوت بين كونها مقلوعة وقائمة وهو شامل لما اذا وقت واطلق والمراد انها تقوم قائمة الى المدة ان وقت وتقوم قائمة على حالها مستحقة الابقاء ان اطلق لان بقائها في الصورتين مستحق الى ان يبذل الارش وقبله لا يجوز قلعها فيهما اي الصورتين والمصنف لما فرض المسئلة في التوقيت قال سمو التفاوت بين كونها قائمة الى المدة ومقلوعة قبل انقضائها واما الارش في الزرع فهو تفاوت ما بين كون الزرع مقلوعا وبين ان يدرك ان فرض للخروج قيمة والا فجميع قيمته اذا ادرك وقد تقدمت الاشارة الى ارش البناء (قوله) ❁ وله الرجوع بعدها والالزام بالقلع مجانا ❁ كما في التحرير وجامع المقاصد وقد يقتضيه كلام المبسوط بل قد يظهر ذلك من الجميع لان الظاهر ان فائدة توقيت المدة حيث توقفت انما هو لانتهاء مدة العارية والظاهر من التذكرة ان فائدة التوقيت ان للمستعير تجديد الفرس في كل يوم الى انقضاء المدة ولهذا فصل تفصيلا يخالف ما هنا قال اذا اعاره ارضا للبناء او للفارس عارية موقفة او اطلق فان كانت الاعارة

ولا فرق بين الفرس والزرع على اشكال ينشأ من ان الفرس والبناء للتأيد وللزرع مدة تنتظر
فليس له الرجوع قبلها (الثاني) الضمان . العارية امانة لا يضمنها المستعير الا بالتفريط سيف
الحفظ او التعدي او اشتراط الضمان « متن »

مقيدة بالمدة كان للمستعير البناء والفرس في المدة الا ان يرجع المير وله ان يجدد كل يوم غرسا فاذا انقضت
المدة لم يجوز له احدث البناء والفرس الا باذن مستأخذه ثم ان المالك الرجوع في العارية قبل انقضاء المدة
بالارث وبعدها مجاز ان شرط المير القلع او تقض البناء بعد المدة او شرط عليه القلع متى طالبه بالقلع
عملا بالشرط فان فائدته سقوط الغرم فلا يجب على صاحب الارض ضمان ما تنقص الفرس بالقلع ولا يجب على
المستعير طم الحفر لانه اذن له في القلع بالشرط ثم قال ما حاصله وان لم يكن شرط القلع واختاره المستعير
كان له ذلك والاخرى ان عليه تسوية الحفر لانه احدث في ارض الغير حدثا باختياره وان لم يجتز القلع
واراده المير فلا بد من الارش وقد تقدم الكلام في ذلك (قوله) « ولا فرق بين الفرس والفرس
على اشكال ينشأ من ان الفرس والبناء للتأيد وللزرع مدة تنتظر فليس له الرجوع قبلها » قال في الابضاح
ومن ان العارية غير لازمة قال وقد تقدمت هذه المسئلة واثار الى خلاف الشيخ وابن ادريس مع الجماعة
في جواز الرجوع قبل الادراك وعدمه والمحقق الثاني حمل العبارة على معنى اخر اذ قال والنقن بناسبه (يناسب
خ ل) سوق العبارة وان يمدد عن نفس العبارة وقد نبه عليه في التذكرة قال لو قيد المير للزرع مدة فانقضت
ولما يدرك فان كان ذلك لتقصير المستعير كالتأخير في الزرع قطع مجازا وان كان لهبوب الرياح وقصور الماء
او غير ذلك مما لا يمدد لتقصير المستعير كان بمنزلة ما لو اعاره مطلقا يعني فيجب له الارش كما لو اعاره للفرس
ولم يقيده بمدة فجزم به من دون اشكال وهو الذي صححه المحقق الثاني قال في جامع المقاصد في تفسير
العبارة لو اعاره للزرع مدة معينة فانقضت ولما يدرك فهل يكون الحكم كما سبق وهو وجوب القلع مجازا ام
يتركب فيها فيكون الحكم في الزرع كالحكم فيما لو اعاره للفرس ولم يقيده بمدة فيجب الارش اذا اراد القلع
في الفرق وعدمه اشكال ينشأ من ان البناء والفرس للتأيد فيمكن التأقبت فيه بأي مدة اراد المير لعدم
تفاوت الازمنة بالنسبة اليه بخلاف الزرع فان له مدة تنتظر فلا يمتد بالتأقبت القاصر عنها ومن ان الناس
مسلطون على اموالهم وللسلمون عند شروطهم ولم تصدر الاباحة من المالك الا الى الامد المخصوص وقد دخل
المستعير على القلع عند انقضائه فيجب الوفاء وهو الاصح وضعف الاول ظاهر لا يخفى وقال موضع الاشكال
ما اذا لم يكن عدم الادراك مستندا الى تقصير المستعير فان اخر باختياره حتى ضاق الوقت وجب القلع مجازا
قطعا (قوله) « الثاني الضمان » هذا هو الثاني من احكام الفصل الثاني (قوله) « العارية
امانة » بالاجماع كما في جامع المقاصد والمسالك والمفاتيح وظاهر التذكرة ومن الامانات الخاصة والاصل
فيها عدم الضمان عند الفسخ المحقة كما في المهذب البارع ونحوه اجماع النية والنصوص بذلك مستفيضة (قوله)
« لا يضمنها المستعير الا بالتفريط في الحفظ او التعدي » كما طفتت به عباراتهم وفي التفتيح
الاجماع عليه واجماع الفقيه منطبق عليه وان كان معقده التعدي بل كاد يكون ضروريا بل قيل كان
يستغني عن استثنائها لان معنى عدم ضمانه الامانة في كل موضع انها لو تلفت بدونهما لم يضمن ومقتضى
كلامهم انه يضمن بهما وان تلفت بسبب اخر غيرهما كما تقدم في الوجبة ولم يذكر هنا انها تضمن اذا
تجاوزها ليرهنها اما لتحتمل في باب الرهن او للشك في كونها عارية (قوله) « واشتراط الضمان » اجماعا
كما في النية وتبايع المقاصد وكذلك التذكرة وليس فيه مخالفة للعقل والهل ولا لمتن المتد كما في مجمع
البرهان وقولهم مقتضى المارية التبرع وعدم الضمان يريدون به مع الاعطاف وعدم الشرط وفرق بينها
وبين الوديعة ان الوديعة لا تستعقب انتفاع الامين بها فلا يفسدها الضمان وبدل عليه به قوله صلى الله عليه واله

او كانت ذهباً او فضة وان لم يشترط الضمان الا ان يشترط سقوطه وفي دخول المصوغ
نظر « متن »

وسلم المسلمون عند شروطهم الاخبار المستفيضة كصحبة ابي بصير عن الصادق عليه السلام فقال رسول
الله صلى الله عليه واله وسلم بل عارية مضمونة وصحبة ابن مسكان قال قال ابو عبد الله عليه السلام لا يضمن
العارية الا ان يكون اشترط فيها ضماناً الا الدنانير فانها مضمونة وان لم يشترط فيها ضماناً وحسنة الحلبي الصريحة بذلك
ايضاً وحسنة زرارة قال قلت لابي عبد الله عليه السلام العارية مضمونة قال فقال جميع ما استعرتته فتوى فلا يلزمك تواء
الا الذهب والفضة فانهما يلزمان الا ان تشترط انه متى توى لم يلزمك تواء وكذلك جميع ما استعرتته واشترط عليك لزومك
والذهب والفضة لازم لك وان لم يشترط عليك وهذا الخبر رواه المشايخ الثلاثة ومثلها صحبة اسحق بن عمار
وصحبة عبد الملك ابن عمر على الصحيح فيه وفي جميل بن صالح عن ابي عبد الله «ع» قال ليس على صاحب
العارية ضمان الا ان يشترط صاحبها الا الدرهم فانها مضمونة اشترط صاحبها ام لم يشترط (قوله)
﴿ او كانت ذهباً او فضة وان لم يشترط ﴾ اذا كان الذهب والفضة دنانير او دراهم فلا خلاف في
ضمانها وانما الخلاف في غيرهما من الذهب والفضة كالحلي كما في جامع المقاصد والمسالك وعليه الاجماع في
الغنية والايضاح والمفاتيح والرياض وقد سمعت الاخبار ومتسمع تمام الكلام وفي عبارة جامع المقاصد
حرازة حيث حصر الخلاف في المصوغ (قوله) ﴿ الا ان يشترط سقوطه ﴾ اي الضمان فانه يسقط
قطعا كما في جامع المقاصد وبه صرح في المبسوط وغيره وقد سمعت حسنة زرارة ولكن قال في التذكرة
الاولى السقوط فتأمل فيه ولعله لان فيه اسقاط ضمان ما لم يلزم وقد يئناه في الوديعة ويصح اسقاط ضمان
ما اشترط ضمانه كما في التذكرة وهو واضح ولو شرط سقوط الضمان مع التعدي والتفريط فاحتمالان الجواز
لانه في قوة الاذن في الاتلاف كما لو امره بالقاء متاعه في البحر والعدم لانهما من الاسباب فلا يعقل اسقاطه
قبل وقوعه وقوى الاول في الروضة وهو ظاهر اللمعة وذلك بخلاف الاستعارة من المستعير واستعارة الصيد
الماخوذ من الحرم واستعارة الحرم له فان الضمان في هذه الثلاثة لا يسقط باسقاط سقوطه (قوله) ﴿ وفي
دخول المصوغ نظر ﴾ يريد ان في دخول المصوغ منهما في الحكم بالضمان نظر ومثله ما في التذكرة
والتنقيح والمفاتيح من عدم الترجيح وظاهر المقنع والنهاية والمبسوط وفقه الراوندي والترايح والتحرير
والارتداد والمختلف وقواعد الشهيد الحكم بالضمان حيث قيل فيها الا ان يكون ذهباً او فضة بل قد يدعى
انه صريحاً كما هو صريح اللمعة والمهذب البارع وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان بل هو
الظاهر من المقنعة والمراسم والكافي والنية والسرائر حيث قيل فيها الا ان يكون ورقاً او عيناً بل ظاهر
الوسيلة والبصرة حيث قيل فيها الثمن اذ قد فسر الثمن بالورق والعين وقد فسر الورق في القاموس
والنهاية وكتب التفسير بالفضة وفي مجمع البحرين بها وبالدرهم المضروبة وفسر العين في القاموس بالدينار
والذهب لكن في الصحاح انه ما ضرب من الدينار وفسر الورق بالدرهم المضروبة وقد قالوا في الصرف انه
يبع الائتمان بالائتمان وقالوا ان المراد بالائتمان الذهب والفضة سواء كانا مسكوكين ام لا (وكيف كان) فالظاهر
ان مراد هؤلاء هنا ما هو اعم من الدرهم والدنانير ظهوراً لا يكاد يشكر بل هو ظاهر الفقيه حيث لم يذكر الا
اخبار الذهب والفضة والشيخ في التهذيب والاستبصار لم يتعرض للجمع بين الاخبار لانه لم يفهم التناسل في
فكانت كلمة المتقدمين متفقة على ذلك بل ومعظم المتأخرين اذ لم يعرف الخلاف من احد قبل الفخر في
الايضاح بلفظ الاقوى وقد بنى خلافه على اصل فاسد مخالف للقوانين كما ستسمع وبعد ثلاث مائة سنة
او اكثر تبعه صاحب ايضاح النافع وبعد ذلك تبعهما صاحب الكفاية وشيخنا صاحب الرياض وقد بنى
ذلك ايضاً على اصل فاسد ستسمعه ان شاء الله تعالى هذا كله مضافاً الى اجماع الفقيه وعمل من لا يعمل الا

بالقطعيات واما ما في المختلف والتقيح من انه المشهور بين الاصحاب فان هذه الشهرة لم تسق لخلاف في المسئلة بل لخلاف ابي علي والتقي في ضمان الحيوان ونقص التالف وما وجدنا احدا حكى خلافا في المسئلة الا الشهيد حكاه عن الفخر خاصة وحكاه بعده المحقق الثاني والشهيد الثاني من دون تعيين الخالف لكن كلاهما يرشد الى انهما اراد الفخر لانهما ذكرا ما يرد استدلاله بل الفخر لم يحك فيه خلافا وصاحب التنقيح ذكر عدم الضمان احتمالا على ان هاتين الشهريتين ترتدان الى ان ضمان الذهب والفضة من المسلمات كما يظهر ذلك على من لحظها ولا بد قبل النظر في الاخبار من بيان امرين (الاول) ان العام انما يبنى على الخاص اذا تنافى ظاهرهما اما بالاثبات والتفي كما كره الرجال لا تكرم الجهال او بوصف يظهر منه التنافي كقطع كل سارق اقطع كل سارق من الحرز مع دينار واما حيث لا تنافي كما كره العلماء كره زيدا العالم وكقولنا عارية الذهب والفضة مضمونه عارية الدراهم والدنانير مضمونة فهو من التنصيص والتاكيد (الثاني) ان وحوب حمل المطلق على المقيّد انما هو حيث يعلم ان المتكلم اراد من المطلق فردا واحدا معينا عنده غير معين عند المخاطب وهو معنى قولهم المقيّد بيان للمطلق والخاص بيان للعام به يتم تقسيمهم المحمل الى ماله ظاهر وما ليس له ظاهر ثم انما هو الظاهر في الظاهر والنظر الاول ومرادهم تكون احاس مبينا للعام والمطلق مبينا للمقيّد ان العام والمطلق محملان في النظر الثاني بعد ظهور الحال (والحاصل) ان المطلق او العام ينكشف بعدور والمقيّد والخاص انه كان مجملا مراداً به فرد واحد معين عنده مبهم عند المخاطب فلا تنافي بين وصف العام او المطلق بالظاهر واحتمال وذلك انما يتم حيث يكون بينهما اختلاف وتنافي توصيف ونحوه مما يفيد بيان ما اجمل كما هو الشأن في العام والخاص كقولك اتجر بالفضة اتجر بالفضة الخالصة ولا كذلك اتجر بالفضة اتجر بالدراهم لان الامر بالكلي امر ببعض افراده والامر ببعض الافراد لا ينافي الامر بالكلي فلا اختلاف بل ولا احتمال والحاكم بذلك العرف واستدراك ذلك حيث بقوه احتمال عدم الاحمال كما في المستحبات كما اذا امذبت فتوحاً اذا امذبت من شهوة فتوحاً فانه لا تقييد هنا لان مراتب الاستحباب متفاوت فيحمل المقيّد على تأكيد الاستحباب عند الاستدراك الشريف قدس سره وجماعة ومن ذلك يعرف عدم التفاتهم الى التقييد في غير التكييفات كاتقصص والحكايات (اذا اقرر هذا) فقد عرفت انما ان صحيحة ابن مسكان قد تضمنت استثناء الدنانير من مدة الضمان وصحيحة عبد الملك تضمنت استثناء الدراهم وحسنة زرارة تضمنت استثناء الذهب والفضة ومثلها صحيحة اسحق بن عمار على الصحيح فيه اذا كان راو باعن الصادق عليه السلام وفي علي ابن السندي وهناك اخبار اخرى عامة ناطقة بعدم الضمان من غير تقييد كصحيحة الحلبي وغيرها وقد قال في الابضاح ان روايتي عبد الملك وابن مسكان قد حكم فيهما بعدم ضمان العارية وهو عام لان التكرار في التفي عام الا في الدراهم والدنانير واشترط الضمان فيدخل المصوع في عمومه عدم الضمان لانه ليس بدراهم ولا دنانير وقال ان هذا محصن الاستثناء الاول يعني الذهب والفضة قال لان الاول اعم من هذا الى ان قال فكانت هاتان الروايتان اخص من الاولى والعم يبنى على الخاص وقد عرفت الشرط في بناء العام على الخاص ونعم ما قال في جامع المقاصد في رد هذا لا يحصل له ولا ينطبق على القوانين لان استثناء الذهب والفضة تارة واستثناء الدراهم والدنانير تارة اخرى لا يقتضي اكثر من ان احدهما مخصص اعم من الآخر مطلقا فيحصى العام بكل منهما لا ان احدهما يخصص الآخر قال وما ندمهم بعضهم من ان احدهما مطلق والآخر مقيّد فيحمل المطلق على المقيّد ليس بشيء ايضا لانه اذا اخرج من العموم الدراهم والدنانير في لفظ واخرج الذهب والفضة في لفظ اخر لم يكن بينهما منافاة لان اخراج الكلي اخرج لبعض افراده كما ان اخراج البعض لا ينافي اخراج الكلي انتهى وهو عين ما قدمناه وتبعه على ذلك صاحب المسالك واحال في تحريه وتهذيبه وقال صاحب الكفاية وتبعه شيخنا صاحب الرياض انه وقع التعارض بين الاخبار ولا بد من حمل العام على الخاص او المطلق على المقيّد اذا كان بينهما تناف كما اذا كان احدهما مثبتا والآخر منقيا والمستثنى في خبر

او استعار من المستعير او صيدا في الحرم او كان محرما فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل ان كان مثليا
والا فالقيمة يوم التلف ويحتمل اعلى القيم من حين الضمان الى حين التلف «متن»

زرارة لا ينافي المستتي في خبر عبد الملك وابن سنان لتوافقهما في كونهما اثباتا وكذا المستفي منه من الجانبين
لتوافقهما على كونهما منفيين بل وقع التعارض بين المستتي في خبري الدراهم والدنانير وحاصله لاضمان
في غير الدراهم والدنانير وبين المستتي في خبري الذهب والفضة والنسبة بين الموضوعين عموم من وجه يمكن
تخصيص كل منهما بالآخر فان خصص الاول بالثاني كان الحاصل لا ضمان في غير الدراهم والدنانير الا ان
يكون ذهباً او فضة وان خصص الثاني بالاول كان الحاصل كل من الذهب والفضة مضمونان الا ان يكون غير
الدراهم والدنانير فالامر المشترك بين الحكمين ثابت وهو حصول الضمان في الدرهم والدنانير فلا بد من استثناء
هذا الحكم عن عموم الاخبار الدالة على عدم الضمان وتبقى الاخبار في غير ذلك سالمة عن المعارض فاذا
المتجه الحكم بعدم الضمان في غير الدراهم والدنانير ونحن نقول (اولاً) ان ليس بينهما عموم وخصوص من
وجه عند التأمل الصادق بل المستتي في خبري الذهب والفضة تخصيص اخر غايه الامر انه يخصص العام
بمخصصين احدهما اعم من الآخر كما مر ولم لم يقدر العام فيهما (وثانياً) على تقدير التسليم ان القاعدة في الموضوعين
الذين بينهما عموم وخصوص من وجه ان ينظر الى الترجيح فما كان ارجح بقي على عمومهما وخصص الآخر به
وخبرنا الذهب والفضة ارجح من وجوه (منها) ان من رواتهما زرارة وهو اصدق بالحق (ومنها) انهما اصح سنداً من
بعض تلك (ومنها) شهرة العمل بهما بل اطباق الاصحاب على ذلك الا من شذ كما عرفت (ومنها) ان تخصيص
الثاني بالاول يرجع الى قولنا الذهب مضمون الا ان يكون غير دينار وهو بعيد عن كلام الحكم تصريحاً
ولزوماً وان هو الا كالاكل باليد من وراء الرداء (ومنها) انه يلزم منه حمل اخبار الباب على كثرتها على فرد
نادر لا تمس الحاجة اليه الا نادراً وهو الضرب على طبعها مثلاً (ومنها) ان الذهب والفضة لو لم يضمن لتوصل
كثير من الناس الى اكل اموال الناس بالعارية او الى ترك الناس المستحب المندوب اليه بان زكوته اجارته
فكان تخصيصهم مخالفاً للاعتبار وحكمة الشارع (ومنها) ان احد الخبرين الاخرين لم يخص الا الدنانير وابقى
الباقى فيه على حكم عدم الضمان صريحاً والآخر لم يستثن الا الدراهم وابقى الباقي فيه على حكم
عدم الضمان كذلك فدلالتهم قاصرة والعمل بظاهر كل منهما لم يقل به احد بخلاف
خبري الذهب والفضة سلمنا ان التخصيص بهما معاً لكن كل واحد مع قطع النظر عن صاحبه قاصر لانهما
وقفاً في وقتين فظهر ان ارادة الحصر من كل منهما غير مقصودة فلم يكونا ليخرجا عن التصور في الدلالة على
المطلوب ومثل ذلك يقال في مقام الترجيح ثم انه من الممكن الذي لا يفكره العرف ان يراى بالدنانير والدراهم
في الخبرين الذهب والفضة فلا منافاة اصلاً ولعل اليه نظر القدماء (قوله) ﴿ او استعار من
المستعير ﴾ اي يضمن سواء تعدى فيها وفرط ام لا وسواء شرط المعير الضمان ام لا وسواء كانت يد
المعير يد امانة او يد ضمان لانه استولى بغير اذن المالك ذنبها عارية من غير المالك فكانت غصبا في الحقيقة
لا عارية ولما كانت بصورة العارية اجروا عليها اللفظ فلا استثناء عند التحقيق وفي صحيح اسحق ابن
عمار المتقدم اتفأ اذا استعرت عارية بغير اذن صاحبه فهلكت فالمستعير ضامن ومنه يعلم انه لو اذن له المالك
في اخذها من المستعير ولم يعلم فاعاره اياها فانه لا يضمن (قوله) ﴿ او صيدا من الحرم ﴾ يريد انه
اذا استعار صيدا اخذ من الحرم ضمنه لانه ممنوع منه وان كان محلاً فكان متعدياً باستيلائه عليه (قوله)
﴿ او كان محرماً ﴾ اي اذا كان المستعير محرماً والعارية صيد فانه يضمن لان امساكه حرام فيكون
متعدياً وضامناً وقد تقدم الكلام فيه مفصلاً رافعاً للاشكال (قوله) ﴿ فيضمن ما يجب ضمانه بالمثل ان
كان مثلياً والا فالقيمة يوم التلف ويحتمل اعلى القيم من حين الضمان الى حين التلف ﴾ تقدم الكلام

و يجب رد العين مع الطلب والمكنة فان اهلل معها ضمن ولو تلفت بالاستعمال كثوب
انمحق باللبس فاشكال ينشأ من استناد التلف الى مأذون فيه ومن انصراف الاذن غالبا الى
استعمال غير متلف فان اوجبناه ضمن بالقيمة اخر حالات التقويم وكذا لو اشترط الضمان
فنفقت بالاستعمال ثم تلفت « متن »

في مثل ذلك مراراً وقد استوفينا في بيع الفضولي ورجحنا ضمان قيمته يوم التلف بمعنى حين التلف (قوله)
« ويجب رد العين مع الطلب والمكنة فان اهلل ضمن » كما صرح به في التذكرة ونبه عليه في
المبسوط وغيره و ينبغي ان يكون فوراً في اول اوقات الامكان كما مر في الودعة عملاً بالقاعدة المقررة من انه
يجب ان يقتصر في وضع اليد من مال الغير في القدر المتحقق معه اذنه والمطالبة بالرد بدعي انتداعه فلا
يجوز له التعسف زيادة على ما يقتضي به وهو يجوز له التأخير الى الاشهاد احتمالات تقدمت في الودعة
ومؤنة الرد هنا على المستعير كما في التذكرة وسيرها كما يأتي لانها نوع من المعروف فلو كلف المالك مؤننه
الرد امتنع الناس من الاعارة (قوله) « ولو تلفت بالاستعمال كثوب انمحق باللبس فاشكال ينشأ من
استناد التلف الى مأذون فيه ومن انصراف الاذن غالبا الى استعمال غير متلف » عدم الضمان حيرة
التحرير والارشاد والكتاب كما يأتي قريباً والخواشي والروضة وجمع البرهان لانه سلمه على ما يقتضي ذلك
بلا عوض فلا معنى للالزام بالمعوض لان مقتضى اطلاق هذا العقد عدم الضمان والمفروض انه اطلق ولو
لبس الثوب حتى يلبس وانمحق واذهب التهمة بالاستعمال ان جوزنا اعارتها فلا ضمان وقد استدلل عليه في
جمع البرهان بالروايات الصحيحة مثل صحيحة ابن سنان والظاهر انه عبد الله انصريحه به في الكافي ولرواية
النظر عنه وروايته عن ابي عبد الله عليه السلام عن العارية قال لا غرم على مستعير عارية اذا هلكت اذا كان
مأموناً وفي جامع المقاصد ان الذي يقتضيه النظر ان الاستعمال المتلف متى كان بحيث يتناول عقد العارية
لا يستعقب ضماناً واختاره في التحرير وفيه قوة نعم لو شك في تناول اللفظ اياه فالضمان قوي ولا استبعد ان
يكون من صور الثاني ما لو اذن له في لبس الثوب ولم يزد بخلاف ما لو اذن في كل لبس اوفي لبسه دائماً
لان اذنه في لبسه في الجملة لا يقتضي الاذن في كل لبس انتهى وقد سمعت ما في التحرير وقد يفهم من
عبارة اللمعة انها لو تلفت به اي الاستعمال ضمنها ولعله لان الضمان في الاستعمال مالا يكون متلفاً
فيحمل الاطلاق عليه وهو احد وجهي الاشكال في الكتاب والوجه الثاني ان ظاهر الاذن في الاستعمال
يدل على تجوز كل استعمال وعليهما ينزل ما في الكتاب لانهما اي وجهي الاشكال فيه بظاهرهما لا يتعلقان
بمسئلة واحدة لان الاستعمال المتلف اما ان يكون بحيث يتناول الاذن فيكون مأذوناً فيه اولا فعلى الاول
لا يبيح الوجه الثاني وعلى الثاني لا يبيح الاول كما بينه في جامع المقاصد ويبقى الكلام في استشكله هنا
وجزمه بعدم الضمان فيما يأتي من دون تقادم عهد وقد يحمل كلامه هنا على انه من ثمة ما قبله ليوافق ما يأتي كما
سنسمع فتكون مسئلة اخرى (قوله) « فان اوجبناه ضمن بالقيمة اخر حالات التقويم » اي فان
اوجبنا الضمان في هذه الصورة حملاً للاذن في الاستعمال على استعمال غير متلف ضمنه بقيمة اخر حالات
تقويمه قبيل التلف لان الضمان حينئذ منتف الى حين التلف (قوله) « وكذا لو اشترط الضمان فنفتت
بالاستعمال ثم تلفت » اذا شرط الضمان فاما ان يشترط ضمان عين المستعار على تقدير التلف فلا يضمن
الا العين خاصة او يشترط ضمان نقصانه على تقديره فيضمن النقصان خاصة الى ان تنتهي حالات تقويمه
او يشترط ضمانهما فيضمنهما معاً ولا ريب في اتباع مقتضى شرطه في هذا الثلاثة كما في المسالك وكذا
الكفاية وعليه به في المبسوط او يطلق اشتراط الضمان وهو المفروض في كلامهم والكتاب وقد اختير في

وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة فلو نقص من العين شيء او تلفت بالاستعمال فلا ضمان الا ان يشترط ذلك في العارية والمستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك ولو استعار من الغاصب عالما بالنقص فللمالك الرجوع على من شاء بالاجرة وارش النقص والقيمة لو تلفت . يستقر الضمان على المستعير " متن "

العين باجزائها وصفاتها ان يضمن ما فاب وهو كما ترى ا قوله ❁ وللمستعير الانتفاع بما جرت العادة فلو نقص من العين شيء او تلفت بالاستعمال فلا ضمان الا ان يشترط ذلك في العارية ❁ هذا هو ما اشرنا اليه آتفا من انه يخالف ما سبق باعتبار المستثنى منه . المستثنى قال في جامع المقاصد لا يخفى ان هذا منافي لما سبق في كلامه من الاشكال في كل من المستثنى ولو حملت العبارة السابقة على استعمال غير ما ذون فيه وهذه على ما ذون فيه لم يتجه الاشكال بل يتعين الضمان قطعاً ولو حملت هذه العبارة على ان الباء التي في قوله بالاستعمال بمعنى مع ليكون التلف لا بسبب الاستعمال لاندفع الثاني الا انه بعيد عن الظاهر جداً انتهى (وقد يقال) ان العبارة الاولى من متعلقات قوله . ويجب رد العين مع الطلب والمكنة فان اهمل معها ضمن ولو تلفت بالاستعمال الى اخره بمعنى انه لو اهمل لم يردّها وتلفت بالاستعمال لا بغيره ففيه اشكال لان الاستعمال حينئذ لم يعلم نية عنه بل يبقى على الاذن عملاً بالاستصحاب واقصى ما هناك انه فعل حراما في عدم الرد ودخلت في ضمانه ولم يعلم عدم جواز الاستعمال كما قدمنا مثله انفا عن المقدس الاردبيلي و باقي مثله فيما لو اعاره الدابة الى مكان معين فجاوزه فانه بائنه وضمن وبغرم الاحسرة لكن له ركه به الى بلد المغير كما يأتي بيانه وليس هو اول وجهي جامع المقاصد (وكيف كان) فالظاهر انه لاخلال في عدم الضمان اذا نقص من العين شيء وردّها الى مالكها حيث لم ينقل في المبسوط ولا غيره فيه خلاف ولا اشكال الا مامراً مما احتمله المحقق الثاني والشهيد الثاني من انه ليس من لوازم اصل الاستعمال النقص الخ (قوله) ❁ والمستعير من المستأجر والموصى له بالمنفعة كالمستعير من المالك ❁ لان كل واحد منهما مالك للمنفعة فله نقلها الى غيره قال في جامع المقاصد هذا اذا لم يشترط عليه استيفائها نفسه والظاهر انه لا يجوز له تسليم العين الا باذن المالك كما يأتي بيانه في الاجارة انتهى (وقد يقال) حيث تجوز الاعارة يجوز تسليمها من غير ضمان لان القبض من ضروريات الاعارة لعين وقد حكم بحجها والاذن في الشيء اذن في لوازمه وتشهد له صحيحة علي ابن جعفر عن اخيه عليه السلام في رجل استأجر دابة فاعطاها غيره فقالت ان كان شرط ان لا يركبها غيره فهو ضمان وان لم يسم فليس عليه شيء وغيرها اي الدابة اولى . وقد حملها في اجارة جامع المقاصد على ما اذا كان هناك اذن او على ما اذا لم يخرج من يده كما اذا ركبها اياه وهي في يده فمسكا بعموم تحريره مال المسلم الا عن طيب نفس الا ان يوجد المخصص (قوله) ❁ ولو استعار من الغاصب عالما بالنقص فللمالك الرجوع على من شاء . بالاجرة وارش النقص والقيمة لو تلفت ويستقر الضمان على المستعير ❁ ونحو ذلك ما في الشرائع والتحرير والاشاد والمالك والكفاية وغيرها والحاصل كما نهم متفقون على ان المستعير من الغاصب اذا كان عالماً بالنقص فهو بمنزلة الغاصب في جميع الاحكام ومن حكم ترتب ايدي الغاصب العالم على المال ان المالك يتخير في الرجوع على ايها شاء . ويستقر الضمان على من تلفت العين في يده وقد وصفت هذه القاعدة في مجمع البرهان تارة بانها مشهورة واخرى بانها مجمع عليها وظاهره ايضا الاجماع على ان المستعير العالم غاصب ولا ريب انه لو اختص الغاصب بزيادة فيها ثم ذهبت قبل قبض المستعير اختص بضمان الزائد لاختصاصه بقبضه واحتمل في مجمع البرهان لولا الاجماع انه لو رجع على المغير الغاصب لا يرجع على المستعير الذي تلفت في يده للاصل ولانه هو الذي غصب ونصرف وصرف

ومع الجهل يضمن الفاسب الجميع الا ان يكون ذهباً او فضة فان الاقرب الضمان على المستعير خاصة « متن »

غيره نعم ان تلفت في يد المستعير بتقصير اتجه رجوعه عليه وفي الحواشي ربما توهم بان الضمان على المستعير خاصة يريد اختصاصه بالمطالبة والاخذ منه قال لان الفاسب سلمها الى عالم بالنصب وقد استقر التلف في يده فسقط عنه الضمان ورده مائة لا يزيد على الفاسب من الفاسب مع ان المالك يتخير في الرجوع قطعاً (قوله) ومع الجهل يضمن الفاسب الجميع الا ان تكون ذهباً او فضة فالاقرب الضمان على المستعير خاصة ظاهر العبارة ان الضمان يختص بالفاسب في غير الذهب والفضة وفيهما يختص بالمستعير ومعنى ذلك انه لا يجوز له اي المالك ان يطالب غير الفاسب في الاولى وغير المستعير في الثانية وهو الذي استوجهه في الشرائع في الاولى قال والوجه نعلق الضمان بالفاسب حسب فعنى الضمان جواز المطالبة والاخذ منه ووجهه ان المستعير مفرور فضعت مباشرة فكان السبب الفار اقوى وهو الذي اختاره في جمع البرهان قال الاخذ منه ظلم ظاهر لانه ما قصر اصلاً ولما علم بادر بالاعلام الا ان يكون نص او اجماع والظاهر عدمهما (والمشهور) انه اي المالك يتخير في الرجوع على كل منهما كما في المسالك وهو خيره وخيرة التحرير والارشاد والتذكرة والايضاح وجامع المقاصد وقد حمل في الاخير عبارة الكتاب على ذلك وقال معنى قوله يضمن الفاسب الجميع انه يستقر الضمان عليه وتوهم ما يقتضيه ظاهرها فاسد (قلت) لمكان القاعدة المقررة عندهم اي المشهور وبها صرح في الايضاح وغيره من ان كل يد ترتب على يد الفاسب من غير اذن المالك يد ضمان سواء كان عالماً بالنصب ام جاهلاً وهي في العالم كما علمت اتفاقاً محل اجماع فعلى ما في الشرائع من انه لا رجوع له على المستعير الامر واضح وعلى المشهور اذا رجع عليه رجع على الفاسب ان لم تكن العارية مضمونة ومن المعلوم ان الكلام في عارية غير مضمونة كما هو الغالب المتبادر فلا يعجني الاعتراض على الشرائع والارشاد والتحرير بترك استثنائها كما ان من المعلوم انه انما يرجع على الفاسب اذا لم يفرط فيها ولم يقصر في اعلامه بها ولم يشترط عليه ضمان العارية وحيث يرجع عليه يرجع بجميع ما اخذه منه من اجرة وارش نقص وقيمة بل يرجع بما حصل له في مقابله نفع مثل عوض اللبن الذي شربه واجرة الركوب لانه غره ولولا العارية لم يقدم على الشرب والوكوب ولكن يرد ما بقي من عين اللبن والصوف مثلاً (وبقى الكلام) فيما اذا لم يفره وانما توهم انه ماله فاعاره وقصد صلته وبره فان الضمان يستقر على المستعير لمكان التلف في يده وتعارض القاعدتين غير جار في المقام لانها ليست بعارية حقيقة حتى لا يضمن فاسدها فتعمل قاعدة ضمان مال الغير اذا كان الاستيلاء بغير اذن عملها وعلى تقدير تسليم التعارض فللثانية اقوى ثم انه يتعارض اصل البرائة والاصل في الجنابة على مال الغير ان يكون مضموناً اذا كان بغير اذن وهذا اقوى لانه معنى القاعدة هذا وفي التذكرة في تذييب ذكره انه لو اشترى من غير المالك عالماً او جاهلاً ضمن واستقر الضمان عليه لان التلف حصل في يده ولا يرجع على المعير ولو رجع المالك على المعير كان المعير الرجوع على المستعير (انتهى) وهو يخالف كلام جميع من تعرض لهذا الفرع وهو احد القولين في مثل المسئلة وقد تقدم بيان ذلك في مكاسب التجارة تارة وفي فروع شروط البيع اخرى وهو ما اذا تلفت العين المفصولة في يد المشتري الجاهل فاخذ المالك منه قيمتها فقد ذهب جماعة الى انه لا يرجع بها على الفاسب منهم الشيخ في المبسوط في موضع منه والمحقق في غصب الشرائع والمصنف في مواضع من كتبه والمحقق الثاني في مواضع من كتابه لان التلف صار في يده واليد عادية فيجب رد كل ملك الى مالكه فاذا حصل تلف او نقص وجب البذل او الارش كائناً ما كان (قولك) انه قدم على ضمان العين بالثمن خاصة فكيف يضمن القيمة (قلنا) الوجه الذي قدم عليه تبين بطلانه واليد عادية وقد عرفت انهم هنا مطبقون

ولو جحد العارية بطل استثنائه ويضمن «متن»

عَلَى انه يرجع عليه الا المصنف في التذكرة وقد ذهب الشيخ في النهاية والمصنف في مكاسب التذكرة والتحريرونهاية الاحكام الى ان المشتري من السارق يرجع وفي هبة التذكرة ان المتهب لا يستقر عليه الضمان ونحوه ما في غصبها وغصب الكتاب ورهنه وكذلك المحقق الثاني قال بالرجوع في الغصب والمضاربة والوكالة والرهن ومراهم الرجوع بالقيمة بمعنى ما زاد منها عن (على خ ل) الثمن واما الثمن فانه يرجع به قولاً واحداً وقضية اطلاقهم انه لا فرق بين ان يكون البائع او غيره عالماً وقد عره او جاهلاً قد قصد بزه وهذه نبذة مما ذكرناه في مكاسب التجارة فانا اسبغنا الكلام في ذلك المقام واستوفينا في النقض والارام وفي ثمرة الخلاف وكلماتهم التي تشبه على بعض الاجلاء (والفرض) الا انهم لم يفرقوا على اختلافهم بين بد الامانة كما في الوديعة والعارية وبين غيرها كما في البيع والهبة والصلح ومحو ذلك لكن مضهم كالمصنف في باب الغصب فرق بين ذلك وبين ما كانت يده ضمان كالقبوض بالسوم والمقبوض بالبيع الفاسد دون المقبوض بالصحيح لولا الغصب فحكم بدم الرجوع في هذين لانه مضمون عليه فكان كالعارية اذا كانت ذهباً او فضة فقد قرب المصنف فيها هنا ان قرار الضمان على المستعير خاصة وقد صرح بذلك واده والمحقق الثاني والشهد الثاني والمقدس الاردبيلي وكذا صاحب الكفاية وانه جزم المصنف في باب الغصب وهو قضية كلام الباقرين لكونها عارية مضمونة وقد اقدم على ذلك فاذا تبين فسادها لحق حكم الفاسد بالصحيح للقاعدة المقررة وبذلك يصف احتمال رجوعه استناداً الى ان استحقاق العين استوجب فساد العارية فلا تكون مضمونة وهو مغرور مع الغصب فيرجع على من غره لانه قد عرفت انهم لم يضمنوه من جهة الغصب بل من جهة فساد العارية كذا قالوه وهو كما ترى ويعلم وجهه مما تقدم (فالاولى) ان يقال انه مانعه لان الذهب والفضة مضمونان على كل حال الا ان يشترط عدم الضمان فهو من اول الامر قد اقدم عليه هذا ما يتعلق بالقيمة ويبقى الكلام في الاجرة وارث النقص (والضابط) في الباب كما في الايضاح ان كل ما ضمن اليد على تقدير ان الغائب ماله يستقر ضمانه عليها والا فعلى الغائب وهذا يقضي بدم ضمان الاجرة وارث النقص بالاستعمال وقد ذكرنا كلاماً قال انه املاه عليه والده قال اما القيمة فلا دخل على ان يضمنها فان كانت له تنغير بزيادة ونقصان من حين الغصب الى حين التلف فلا بحث وان كانت في يد الغائب از يد ثم من حين قبضها المستعير الى حين التلف له تزد ضمن الغائب الزيادة لتلفها في يده مع كونها مضمونة عليه وانما يزول ضمان زيادة الدوقية برد العين ولم ترد دون المستعير وان نقصت في يد المستعير للصفة فهل يستقر ضمانها على المستعير فان قلنا يستقر ضمان الاحزاء اي احزاء الذهب والفضة عليه مع بقاء العين فهنا اولى وان لم نقل باستقرار ضمانها على المستعير مع التلف ان قلنا بضمانه اعلى القيم من المالك استقر عليه هنا جميع القيمة والا استقر عليه قيمته يوم التلف وعلى الغائب الفاضل وان اذنت للسوق اشترى على ضمانه من المالك اعلى القيم وعدمه واما الاجرة فلا نه يرجع بها على غيره ويحتمل عدمه لانه عره لانه دخل في العارية على ان لا ضمان عليه في المنافع واما ارث النقص بالاسم المادون فيه فان قلنا اضمائه من المالك ضمن واستقر عليه قطعاً لانه اولى وان قلنا بعدمه او كان غير الاستعمال حاد احتمالاً الاجرة والتقرير كما مر قال فهذا فرض المسئلة املاه عني المصنف دام ظله انتهى وفي اوله تأمل والفائدة في الترجيح لا التردد وفي جريان اشتراط الضمان مجرى العارية المضمونة بالذهب والفضة فيما نحن فيه تأمل واشكال (قوله) «ولو جحد العارية بطل استثنائه وضمن» كما في المذهب (١١)

ولو تجاوز المأذون ضمن ولو امر رسوله بالاستعارة الى قرية فكذب الرسول واخبر المغير بطلب المستعير الى اخرى فخرج بها المستعير الى ماذكره الرسول فتلفت لم يضمن لأن صاحبها اعارها اليه ولو خرج بها الى ماقال المستعير لرسوله فتلفت ضمن ولا شيء على الرسول وانما يبرأ الضامن اذا رد على المالك او وكيله لا الى الحرز « متن »

في جحود الوديعة كما نهينا عليه هناك و يشترط في تحقق ضمانه ما اشترط هناك من عدم العذر وعدم المصلحة وان يكون بعد سؤال المالك ومطالبته الى غير ذلك من بقية الفروع التي يمكن اجرائها هنا (قوله) ❁ ولو تجاوز المأذون ضمن ❁ هذا يشمل ما اذا استعار دابة ليركبها الى موضع معين فتجاوزته وما اذا حملها اكثر من المقدار المأذون فيه او سيرها اكثر من المعتاد او اتد ونحو ذلك (وكيف كان) ففي الغنية والسرائر وكذا المبسوط انه اذا استعار من غيره دابة ليحمل عليها وزنا معيناً فحمل اكثر او ليركبها الى موضع معين فتعداه كان متعدياً ولزمه الضمان ولوردها الى المكان المعين بلا خلاف وظاهرهما ففيه بين المسلمين فاذا استعار من بغداد الى الحلة فتجاوزها الى الكوفة فعليه اجرة ما بين الحلة والكوفة ذهاباً وعوداً وهل تلزمه الاجرة من الحلة الى بغداد في التذكرة ان الاقرب العدم لانه مأذون فيه من جهة المالك (وقد يقال) ان هذا الاذن انقطع بالمجاوزة فليس له الركوب من الحلة الى بغداد بل يجب عليه دفعها الى حاكم الحلة (قوله) ❁ ولو امر رسوله بالاستعارة الى قرية فكذب الرسول واخبر المغير بطلب المستعير الى اخرى فخرج بها المستعير الى ماذكره الرسول فتلفت لم يضمن لان صاحبها اعارها اليه ولو خرج بها الى ماقاله المستعير لرسوله فتلفت ضمن ولا شيء على الرسول ❁ كما ذكر ذلك كله في التذكرة وقال سواء عرف المستعير بالخال اولاً واورد في جامع المقاصد على الحكم الاول ان خروجه الى القرية الاخرى مع عدم علمه باذن المغير اليها يكون تصرفاً ممنوعاً منه شرعاً فحقه ان يضمن على مقتضى ما ذكره في عارية الصيد للحرم وثبوت الاثم عليه لاقدامه بزعمه على فعل المحرم لا ريب فيه (قلت) قد تقدم انه اذا استعار المحرم الصيد من المحل وامسكه وتلف في يده ضمن قيمته له والجزاء لله سبحانه وقضية القاعدة ان لا يضمن ما يتلف بالعارية الفاسدة لكن لما كان امر الصيد غليظاً وجب ضمانه للمالك تغليظاً لا لانه اقدم على امر ممنوع منه شرعاً مطلقاً بل على امر عظيم غليظ على ان ما نحن فيه لا يمنع فيه واقفاً فكان الفرق بينهما من وجهين ونفي الريب عن ثبوت الاثم عليه محل ريب بلا ريب كما في كثير من نظائره كما نبه عليه الشهيد في قواعد وقال في جامع المقاصد واما الحكم الثاني فانه يستقيم اذا اخبر الرسول المرسل بالخال او سكت اما اذا غره بالعارية الى ما طلب المستعير فان قرار الضمان على الرسول على اظهر الوجهين لكونه غاراً فاطلاق العبارة لا يخلو عن شيء (قلت) لا ريب ان المباشرة تضعف بالغرور فان كان ذلك منه كان قرار الضمان على الرسول (قوله) ❁ وانما يبرأ الضامن اذا رد على المالك او وكيله لا الى الحرز ❁ الذي اخذها منه ولا الى غيره من ملك صاحبها وبما في الكتاب صرح في المبسوط والغنية والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها بل في التذكرة انه اذا رد الدابة الى اصطلب المالك وارسلها فيه وردت الى الدار اليها لم يزل عنه الضمان بل عندنا ان لم تكن العارية مضمونة فانها تصير بهذا الرد مضمونة لانه لم يدفعها الى مالكها بل فرط في وضعها في موضع لم ياذن المالك بالرد اليه وظاهره الاجماع وفي المسالك ان هذا الاختلاف فيه عندنا وانما يبرأ على خلاف ابي حنيفة حيث ذهب الى ان ردها الى ملك المالك كردها اليه لان رد العاري في العادة يكون الى املاك اصحابها وفساده واضح واطراد العادة بذلك ممنوع وقد تقدم في باب الوديعة ما يبرر به المستودع من الضمان حيث يضمن من تجديد الاستئمان والاياء من الضمان وغير ذلك والكل جار في

ولو تجاوز المافة المشترطة لم يرد بالرد اليها (الثالث) التسلط على الانتفاع و يتقدر بقدر التسليط و ينتفع بما جرت العادة به « متن »

العارية وعلى الثاني نص في المبسوط في المقام (قوله) « ولو تجاوز المسافة المشترطة لم يرد بالرد اليها » قد تقدم الكلام في ذلك (قوله) « الثالث التسلط على الانتفاع » هذا هو الثالث من الاحكام (قوله) « و يتقدر بقدر التسليط » هذا معنى ما في الشرائع وغيرها من انه يقتصر على الماذون به وهذا فيما اذا تعددت جهات الانتفاع كالارض التي تصلح للزراعة والفرس والبناء والدابة التي تصلح للحمل والركوب ووجهه ظاهر اذا لا يجوز التصرف في مال الغير الا بمقتضى اذن فان عممه وجوه الانتفاع كان له الانتفاع بسائر وجوه النفع المباحة الملتقة بتلك العين وقد نفي عنه الخلاف في التذكرة وفي جمع الرهان كان له الانتفاع به اي انتفاع يجوز لتلك الانتفاع المتعارف المطلوب منه عرفاً وعادة وفي جامع المقاصد كان له الانتفاع بسائر وجوه النفع المعدة لتلك العين لما فالحظ الفرق وان خصص لم يجوز له التخلي قطعاً كما في جامع المقاصد وان اطلق صح كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وظاهر التذكرة الاجماع عليه حيث قال انه يصح عندنا وقد احرأه في التذكرة بجري التعميم في اول كلامه وقال انه الاقوى وهو خيرة الكتب الاربعة المتأخرة لان المتبادر منه العموم وان عدم التعيين يعطي عدم الفرق بين وجوه الانتفاع والا لعينه وان تعيين احدهما بعينه بحيث لا يجوز غيره ترجيح بلا مرجح (قلت) الاطلاق ينصرف الى الافراد الغالبة المتبادرة فهو عام فيها ولا يتناول النادرة فان ارادوا بالعموم هذا فذاك وهو قضية ما يأتي في كلام الكتاب وهو المراد من قوله في التحرير اذا اطلق له العارية فالأقرب الجواز وله الانتفاع بمجرى العادة فلو استمار ارضاً من غير قيد جاز ان يبني وبفرس و يفعل كل ما هي معدة له من الانتفاع وهم ان يبيع مال اليه في التذكرة في آخر البحث قال واذا اعاره ارضاً مطلقاً كان له ان ينتفع بها بسائر الانتفاعات وجميع ما له من مدة له من الانتفاع مع بقاء العين كالزراعة والفرس والبناء و يفعل فيها كل ما هي مستعدة له من الانتفاع الى ان قال والأقرب ان له ان يرهن مع التعميم دون الاطلاق وقال ايضا فيما اذا اطلق كان له البناء والفرس والزراعة دون الرهن والوقف والاجارة والبيع ولا ترجيح في جامع المقاصد وحكي عن الشافعية في احد وجهي البطالان مع الاطلاق لان الاعارة معونة سريعة جوزت للحاجة فلتكن في حسب الحاجة ولا حاجة الى الاعارة المرسل (قوله) « و ينتفع بما جرت العادة به » كما في الشرائع والتحرير والارشاد والكفاية وغيرها والمرجع في العادة الى نوع الانتفاع وقدره وصفه فوائده بساطاً اقتضى الاطلاق فرسه ونحوه من الوجوه المتبادرة او لحاقاً اقتضى حمله عطاء فلا يجوز فرسه لعدم جريان العادة لذلك او حيواناً للحمل اقتضى تحميله قدراً جرت العادة بكونه يحمله فلا يجوز الزيادة او فرساً من شأنها الركوب فلا يجوز تحميلها وعلى هذا وقال في التذكرة ان لم تكن للعين الا منفعة واحدة كالدرهم للزينة فهو منعين وان تعددت فان عين نوعاً معين وان لم يعين فان عمم جاز الانتفاع بجميع الوجوه وان اطلق فالأقوى انه كذلك كما مر تفصيله (اذا تقرر هذا) فعد الى عبارة الكتاب مفتوحاً — يحتمل ان يكون المراد انه ينتفع بمجرى المدة حيث يعمم فينتفع بسائر وجوه النفع المعدة في المادة تلك العين لما من الكيفية والكيفية فلا يتجاوز في الافراد النادرة التي لم تحرر العادة في العارية خافيتها و ينتفع حيث يخصص بما تجرئ العادة في ركوب الدابة مثلاً من السرعة والبطء في السير وكونه في الليل او في النهار ونحو ذلك واما حيث يطلق فالامر واضح فيكون عمم العادة بحيث تتناول وجوه الانتفاعات وكيفياتها ونحو ذلك فسر المولى الاردبيلي عبارة الارشاد ويحتمل ان يكون المراد ان ذلك حيث يطلق فقط واما حيث يعمم او

فلو اعاره الدابة لحمل معين لم يميز له الزيادة ويجوز النقصان ولو اطلق فله حمل المعتاد على مثلها ولو اذن في زرع الحنطة تخطي الى المساوي والأدون لا لأضر ولو نهاه حرم التخطي وعليه الأجرة لو فعله والأقرب عدم اسقاط التفاوت مع النهي لا الإطلاق « متن »

يخصص فيقدر بقدر التسلط ولا يقتصر في الاول على ما جرت به العادة ولا يتعدى في الثاني الى غير مانص له عليه وان جرت به العادة وهـ الذي فهمه المحقق الثاني وقال ان العبارة لا تخلو عن مناقشة فلو قال وينتفع بما جرت به العادة لو اطلق لكان اولى (قلت) فيكون المصنف ممن لا يختار تنزيل الإطلاق على العموم والسوق قد يعطي في عبارة الكتاب ما فهمه المقدس الاردبيلي (قوله) ﴿ فلو اعاره دابة لحمل معين لم يميز له الزيادة ويجوز النقصان ﴾ الحكم الاول مما لا خلاف فيه لاصالة عصمة مال الغير وعدم جواز التصرف به الا بما اذن فيه واما الثاني فللاولوية العرفية كما ينه في الوديعة وباتي فيما اذا عين له جهة فتجاوزها الى الادون الاجماع على جوازه وهو يدل على ما نحن فيه وما في المسالك والروضة وكذا جامع المقاصد وغيرها من منع الاولوية في مثله لاختلاف الاغراض في ذلك فقد تقدم جوابه هنالك وستسمعه قريبا (قوله) ﴿ ولو اطلق فله حمل المعتاد على مثلها ﴾ هذا ايضا مما لا خلاف فيه من القائلين بصحة الإطلاق كما تقدم وباتي (قوله) ﴿ ولو اذن في زرع الحنطة تخطي الى المساوي والادون لا الاضر ﴾ اما عدم جواز التخطي الى الاضر فقد انفقت عليه الفتاوى من دون خلاف اصلا واما جواز التخطي الى المساوي والادون فهو صريح في التذكرة والتحرير واليه مال او به قال المقدس الاردبيلي وصريح المبسوط والغنية والسرائر والرياض في جواز التخطي الى الادون وهو قضية كلام المبسوط في المساوي وفي المبسوط انه لو اذن له في الفرس والبناء فزرع جاز ذلك له بلا خلاف وهو يقضي بنفيه هنا ايضا وفي جامع المقاصد ان ظاهر كلامهم ان الحكم بجواز التخطي الى المساوي والادون اجماعي والا فهو مشكل (قلت) قد عرفت المصرح بذلك ولعله استنبطه من عدم نقل الخلاف فيه في المختلف والتذكرة والايضاح وغيرها لكنه كانه لم يلحظ الشرائع قال فيها وبقصر المستعير على القدر المأذون فيه وقيل يجوز ان يستبيع ما دونه في الضرر كان يستعير ارضا للفرس فيزرع والاول اشبه والمنع فهما ايضا ظاهر الارشاد والعمدة وصريح الروضة والمسالك والكفاية وصاحب الرياض منع في المساوي واجاز في الادون ولا ترجيح في المفاتيح (قلت) ينبغي عدم التامل في جواز التخطي الى الادون للاولوية العرفية ولا يقدح فيها اختلاف الاغراض مع الجهل بان المقصود من التعيين هو الخصوصية ومراعات ذلك في عدم الاخذ بالاولوية في المسئلة يوجب انسداد باب اثبات الاحكام الشرعية بها ولم يقولوا به نعم لو علم قصد الخصوصية بالنهي عنه كما ياتي انجبه المنع واما في المساوي فلا يبعد الجواز لان العرف يقضي بعدم التضييق في مثل ذلك اذ الظاهر عدم تعلق غرض للمعير بالمعين غالبا ويشهد له قولهم في الدابة المستأجرة بجواز اركاب المساوي لها واجارتها له ولعله لا اشكال مع القرينة بان المقصود غير متعلق بالمعين فليعامل والاحتياط لا يترك (قوله) ﴿ ولو نهاه - ر م - اي التخطي الى الادون والمساوي قطعاً كما في المسالك والكفاية وكذلك اذا دلت القرائن على تعلق الفرض بالمعين كما في المسالك وكان له قلمه مجانا كما في التذكرة (قوله) ﴿ وعليه الاجرة لو فعله ﴾ كما هو واضح وعليه نص في جامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية (قوله) ﴿ والأقرب عدم اسقاط التفاوت مع النهي لا الإطلاق ﴾ يريد انه اذا عدل الى الاضر مع النهي فالأقرب عدم اسقاط اجرة المأذون فيه وثبوت الزائد خاصة لانه تصرف في ملك الغير بنهي ذاته وهو يستلزم ثبوت الاجرة كلاً والقدر المأذون فيه لم يفعله فلا معنى لاسقاط قدره فالمراد بالتفاوت هو مقدار

بمخلاف حمل الاكثر وليس للمستعير ان يميز ولا ان يؤجر ولو اعاره للفراس لم يكن له البناء وبالعكس وله الزرع ولا يجب في العارية التعرض لجهة الانتفاع وان تعددت فلو استعار الدابة ركب او حمل ولو استعار ارضا فله البناء او الفرس او الزرع وكذا لو قال اتفع كيف شئت ولو استعار للزرع واطلق زرع معها شاء « متن »

اجرة الماذون فيه وهو خيرة ١. يضاح والحواسي وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض وكذلك تلزمه الاجرة لو عدل الى المساوي والاذون مع النهي وان الاقرب عنده اذا اتى بالاضر مع الاطلاق اي عدم النهي عن الاضر اسقاط اجرة الماذون فيه لانه لم يحصل ما ينافيه فيكون مستثنى من المستوفى وبعبارة اخرى انه قد اسقط عنه التلف الحاصل بزرع الخنطة بغير عوض والزائد هو المضمون خاصة لانه غير امازون وهذا لا يقضي بالاسقاط مع التصريح بالنهي (و يتفرع اخر) انه مع عدم النهي عن التخطي استفاد بالاذن في الزرع المخصوص استباحة المنفعة المخصوصة في ضمن اي فرد كان فحيث تخطي الى الاضر كان مقدار منفعة الماذون مباحا له خاصة فيضمن الزائد فقط وهو حيرة الايضاح وكذا الحواسي وزهب المحقق الثاني والشهد الثاني الى عدم الفرق لان التخطي في الحالين غير ماذون فيه اقصاه انه في احدهما نص على المنع وفي الاخرى جاء المنع من اصل الشرع وذلك لا يوجب اختلاف المذكور ولم نجد فرقا بين من منع من التصرف في ملكه وبين من لم يمنع في وجوب الضمان على المتصرف فيه وهو حيرة الكفاية على تامل له والرياض وظاهر الروضة ولا فرق بين التخطي الى الاضر وبين التخطي الى المساوي والاقل عند من منع من التخطي اليهما وعلى احتمال اسقاط اجرة الماذون فيه في الاضر لا يحصل في المساوي والاقل ضررا الا الاثم خاصة (قوله) « بمخلاف حمل الاكثر » اي اذا اذن له في تحميل الدابة قدرا معيناً فزاد عليه فانه يضمن اجرة الزائد قولا واحدا كما في جامع المقاصد ويتحقق اسقاط قدر الماذون فيه قطعا كما في الحواسي والمسالك وعليه نص في الروضة والكفاية والرياض لان الماذون فيه بعض المنفعة التي استوفاهم فلا اجر له بمخلاف النوع المخالف ومثله مالو زرع الماذون وغيره وما لو ركبها وارادف غيره (قوله) « وليس للمستعير ان يميز ولا ان يؤجر » كما صرح به في الشرائع والتذكرة والارشاد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وهو قضية كلام كثير منهم وبه صرح في اللمعة والروضة في خصوص الاعارة فالاجارة بالاولى وذلك لانه لا يتناولها الاطلاق وفي المسالك انه محل وفاق وخالف فيه بعض العامة فجوزوه قياسا على اجارة المستأجر والفرق واضح نعم يجوز للمستعير ان يستوفي المنفعة بنفسه ووكيله ولا يعد ذلك اعارة لان المنفعة عائدة الى المستعير لا الى الوكيل كما قاله بعض ولا بد من تقييده بما اذا لم يشترط عليه الاستيفاء بنفسه واما الاهل والدواب والضيغ فحكمه حكم نفسه ان كان محل قابلا فالاعارة لعاارة لهم بمعنى جواز انتفاعهم بذلك بل هو المنتفع ايضا والقيدان المذكور معتبر هنا ايضا وفي الشرائع والارشاد واللمعة انه لا يجوز له ذلك اي الاعارة والاجارة الا مع الاذن (قلت) لعله يكون حينئذ كيلا لئلا لا يعمى ولا مؤجرا عن نفسه (قوله) « ولو اعاره للفراس لم يكن له البناء وبالعكس وله الزرع » كما قد تقدم بيانه (قوله) « ولا يجب في العارية التعرض لجهة الانتفاع وان تعددت فلو استعار الدابة ركب او حمل ولو استعار ارضا فله البناء او الفرس او الزرع وكذا لو قال اتفع كيف شئت ولو استعار للزرع واطلق زرع معها شاء » هذا تقدم الكلام فيه كله في الثالث والمخالف في الاول بعض العامة فانهم حكموا بالبطلان في المتعدد وقد فرقنا بين الاطلاق والتعميم وانما يجوز ان يحمل على الدابة المدة لذلك واما المدة للركوب

(الرابع) التنازع فلو ادعى المالك الاجارة في الابتداء صدق المستعير ولو انتفع جميع المدة او بعضها احتمل تصديقه بيمينه لاتفاقهما على اباحة المنفعة والاصل برائة الذمة من الاجرة وتصديق المالك بيمينه لان الاصل مملوك له فكذا المنفعة فيحلف على نفي العارية ويثبت له الاقل من اجرة المثل والمدعى « متن »

فقط فلا (قوله) ❁ الرابع التنازع فلو ادعى المالك الاجارة في الابتداء صدق المستعير ❁ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة والارتداد ومعتمد المسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية فاذا حلف على نفي الاجارة سقط عنه دعوى الاجرة واسترد المالك العين لان الراكب لا يدعي لنفسه حقاً ولا اتلف المنافع على المالك ولا يدعي خروجها عن ملكه حتى يحكم الاصل الاتي فالمدعى في الحقيقة هو المالك ولانه يدعي ثبوت الاجارة ووجوب الاجرة في ذمة والاخر ينكرهما فيقدم قوله للاصل والمدعى لا يدعي عليه بشي من عوض المنافع فلم يعتمد قوله وعلل في المبسوط والشرائع بان المالك يدعي عقداً وهذا ينكره وهو باطلا فجار في المسئلة الاتية فلا بد مما ذكرناه من التضييع وما ذكر علم المراد من الابتداء في العبارة وهو ان الاختلاف كان عقيب الاستئجار مضي مدة لمثلها اجرة (قوله) ❁ ولو انتفع جميع المدة او بعضها احتمل تصديقه بيمينه لاتفاقهما على اباحة المنفعة والاصل برائة الذمة من الاجرة وتصديق المالك بيمينه لان الاصل مملوك فكذا المنفعة فيحلف على نفي العارية ويثبت له الاقل من اجرة المثل والمدعى ❁ الاصحاب في المسئلة على اقوال (الاول) ما ذكره المصنف اولاً من ان القول قول الراكب المستعير وهو خيرة عارية الخلاف والمبسوط مع تقييد العارية فيه اي المبسوط بما اذا كانت مضمونة والغنية والسمعة وجمع البرهان والكفاية وبه قال ابو حنيفة قالوا لانها اتفاقاً على ان تلف المنافع كان على ملك المستعير لان المالك يزعم انه ملكها بالاجارة والمستعير يزعم انه ملكها بالاستعارة وقد ادعى عليه عوض ما تلف على ملكه والاصل عدم وجوبه وبرائة ذمته وفيه (اولاً) ان المستعير لا يملك المنفعة وانما يجوز له التصرف فهي اباحة كما قالوه في ثمره التعريف و اشار اليه المصنف بقوله على اباحة المنفعة فتأمل جيداً (وثانياً) ان المنافع اموال كالاغنياء فهي في الاصل للمالك العين فادعاء الراكب ملكيتها غير عوض على خلاف الاصل واصالة برائة ذمته انما تصح من خصوص ما ادعاه المالك لا من مطلق الحق بعد العلم باستيفائه المنفعة التي هي من جملة اموال المالك والاصل يقتضي عدم خروجها عن ملكه مجازاً وفي الكفاية ان لاجرة على هذا الاصل عقلاً ولا نصاً ونحوه ما في مجمع البرهان مع انه في مزارعة الكفاية قال في المزارعة بالتخالف فكان عاملاً بهذا الاصل مع (ثم خ ل) ان هذا الاصل قد طغحت به العبارات من الخاصة والعامّة في الباب وباب المزارعة وغيرهما من غير تأمل ولا خلاف فكانه مجمع عليه وهو معنى قولنا الاصل قبول قوله فيه وعدم خروجه عنه الا بقوله وقد دل عليه النص الصحيح والعقل اما النص ففي صحيحة اسحق بن عمار قال سئل ابا الحسن عليه السلام عن رجل استودع رجلاً الف درهم فضاغت فقال الرجل الذي كانت عنده وديعة وقال الاخر كانت عليك قرضاً قال المال لازم الا ان يقيم البينة انها كانت وديعة فتأمل (واما العقل) فلانه معصوم عقلاً وتقللاً ومعنى عصيته عدم خروجه عن ملكه بخير عوض وبدون قوله ثم انه ليس يبيعه وهبته واعارته الا كطهارته ونجاسته وحليته وحرمة وملكيتها وعدم ملكيتها فكما يقبل قوله واقراءه في ذلك يقبل هنا فليحفظ ذلك نعم بتم هذا القول فيما اذا قدم الحاكم دعوى المالك بالقرعة او بالسبق او بجلوسه عن يمين صاحبه او لانه اذا ترك ترك فكان مدعياً محضاً بهذا المعنى فاذا احلفه المالك على نفي الاجارة فقد سقطت دعوى الاجارة ودعوى الاجرة المعينة معاً ولا معنى حينئذ لدعوى

المستعير عليه الاعارة ولا تحليفه واحذ الاقل من المدعى واجرة المثل خصوصاً ان ادعى ان الاجرة عين معينة نعم ان ادعى الراكب ان الاعارة مشروطة في عقد لازم ولم ينقض او انها من باب اخر فان له تحليفه ويتجه التحالف والا فلا وان قدم احاكم دعوى الراكب لانه مخالف للاصل بالمعنى المذكور. يخالف للظاهر الغالب لا يتجه هذا القول فينبغي ان يكون المدار في الساب على بيان من يجب على الحاكم تقديم دعواه (الثاني) ان القول قول المالك في عدم العارية موافقة الاصل والظاهر الغالب ولا يفيل قوله فيما يدعيه من الاجارة لانه مدعى فاذ حلف على نفي العارية لم تثبت الاجارة ولكن ثبت كون الراكب تصرف في ملكه بغير تبرع منه فيثبت عليه احرة المثل وهو خيرة الشرائع والتحرير في الباب وباب المزارعة واجارة ابدن ومزارعة التذكرة وهو محمول من اجارة المثل والشرائع او ظاهرهما وبشكل بما لو كان ما يدعيه من الاجارة اقل من اجرة المثل لا اعتراه بنفي الزائد فينبغي ان يثبت له بيمينه اقل الامرين مما يدعيه واحرة المثل لان الاقل ان كان ما يدعيه من الاجرة فهو معترب مدم استحقاقه سواء وان كان الاقل اجرة المثل لم يثبت بيمينه سواء لان الاجارة لم تثبت وهذا هو الثالث من الاقوال - وهو خيرة الكتاب والارشاد على الظاهر منهما وبشكل بن ايمانك بدعي الزائد من الاجرة على تقدير زيادة ما يدعيه من اجرة المثل والراكب ينفيه فلا بد من وجه شرعي يقتضي نفيه وحلفه على نفي الاعارة بدل على نفي الاجارة كما لا يدل على اثباتها واتبات اقل الامرين باليمين مسلم لكن يبقى الرابع في الزائد من تقديره لا يتدفع الا بحلف الراكب على نفي الاجارة او نكوله فيحلف المالك عليها ياخذ الزيادة وهذا اختير في المختلف والتذكرة والحواشي وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومرارة الكتاب والارشاد وجامع المقاصد والروضة (كذا) والمسالك والكفاية انهما يتحالفان وهو (القول الرابع) وعليه نزل الشاهد عبارة الكتاب في الحواشي المسبوبة اليه لان كلاهما مدعى ومدعى عليه فيحلف المالك على نفي الاعارة والراكب على نفي الاجارة وبثبت اقل الامرين لانفاء الزائد من المسمى بيمين المستعير والزائد من اجرة المثل باعتراف المالك فلا بد من اصلق القول بالتحالف كما في مختلف من تقييده ما اذا لم تزد احرة المثل عن المدعى فان زادت فلا معنى لاحلال المالك كما هو ظاهر مضافاً الى ما سميته وقد يعتذر عن ظاهر الكتاب والارشاد بان يقال ان ذلك اما هو فيما اذا قنع المالك ورضي بذلك ولم يدع شيئاً اخر وان ذلك اقل مما يحصل له في هذه الصورة واما اذا لم يقنع وصالب بالزيادة فله حلاله كما هو ظاهر ولعله لما تركه لظهوره وقد يعتذر عن الشرائع والتحرير بن الغالب في الاحرة ان تكون بمقدار اجرة المثل او اريد ولا اعتراض عليها بما اذا كان ما يدعيه من الاجارة اقل لم يصادف محرمه ويرد على القول بالتحالف مادكرناه في صدر المسئلة من انه اذا قدمت دعوى المالك وحلف المستعير فلا معنى للتحالف اصلاً فالقول بالقرعة له في تقديمه حلف احدهما ليس بذلك البعيد وهو (القول الخامس) في اصل المسئلة اختاره التبع في مرارة الخلاف وجمله في المبسوط احوط قال في الخلاف والذي يليق بذهننا ان يستعمل فيه القرعة فمن خرج اسمه حلف وحكم له به ومعناه ان معرفة المدعي والشكر متنبهة عليه في انقضاء ويجب المسير الى القرعة وقضية ما في المبسوط ان الحاكم يمكن الاشتباه بخير في تقديم ايها شاء والاحوط القرعة و (القول السادس) هو ما في السرائر قال لا يقبل قول المالك في مقدار ما ادعاه من الاجرة ولا تقبل قول الراكب فيما ادعاه من العارية بل نوجب عليه اجرة المثل لانا قد تحققنا ركوب الدابة والراكب يدعي العارية فيحتاج الى بينة والمالك يدعي عقد اجارة واجرة معينة يحتاج ايضا الى بينة فاذا عدنا البيئات على ذلك وقد تحققنا ركوب الدابة فالواجب في ذلك اجرة المثل عوضاً عن منافع الدابة المتحققة انتهى وظاهره انه لا يكلف احد منهم يمين وهو خلاف ما في الشرائع وقد حكى عنه في المسالك موافقتها فليحظ ذلك وقد استوفينا الكلام في باب المزارعة فلتلحظ هناك ايضا والمصنف في اجارة الكتاب في المسئلة عبارة لا تكاد تصح على ظاهرها فلا يصح ان نحكي عنها

ولو ادعى المالك النصب صدق مع اليمين ويثبت له اجرة المثل ولو ادعى استيجار الذهب وسوغناه بعد التلف وادعى المالك الاجارة فان انتفت الاجرة والقيمة اخذها المالك بغير يمين وان زادت القيمة اخذها باليمين وقبل التلف لملك لا تنتزع باليمين ويصدق المستعير في ادعاء التلف « متن »

شيئا وقد انتقض الشارحون لتأويلها فلما حفظ قد نزلنا ما علّنا من دفع عنها جميع ما اورده عليها (فرع) لو انعكس هذا الاختلاف فادعى المالك الاجارة وانتسب الاجارة فالقول قول المالك سواء كان قبل مضي مدة لمثلها اجرة او بعد مضي مدة الاجارة او بعد مضي بعض المدة وفي المصدرين الاخيرتين تكون الاجرة مجهولة المالك ثم انه لا معنى للاختلاف في الثانية الا اذا كانت الاجارة مشروطة في عقد لازم هذا اذا كانت العين باقية وان كانت تالفة وكان الاختلاف قبل مضي مدة لمثلها اجرة عقيب القبض وقد ادعى انه شرط عليه الضمان فالقول قول المالك مع اليمين لانهما اختلفا في صفة القبض والاصل فيما يقبضه الانسان من مال غيره الضمان لقوله عليه السلام علي اليد ما اخذت حتى تؤدي وان كان بعد مضي المدة او في اتانها فان كانت الاجرة بتدر القيمة فذاك والا اخذت الزيادة (تنويه) ولو ادعى المالك النصب صدق مع اليمين وله اجرة المثل كما في التذكرة والتحرير والمختلف وجامع المقاصد ومزارعة المبسوط والشرائع والارشاد وجامع المقاصد والروض (كذا) والمسالك ومجمع الرهان والكفاية والسرائر فيما حكى عنها والموجود في السرائر في الباب المتقدم نقله عنها ولم نجد في مزارعتها لما تقدم من اصاله تبعية المنافع للاعيان في التملك والاصل عدم اباحة المنفعة وعدم الاذن والمختلف التبيخ في الخلاف قال القول قول المتصرف لان المالك يدعي عليه عوضا والاصل براءة ذمته منه وزادله في التذكرة ان الظاهر من اليد انها بحق واغرب فيها في بلب المزارعة فقال ان القول قول المتصرف وعليه الاجرة والارش وطم الحفر وله ازالة الزرع وفي جامع المقاصد انه سهو قطعنا (قلت) هذا يرجع الى ان الاصل في فعل المسلم الصحة وانه غير مخالف للشرعية لكن شرط التمسك بالاصلين ان لا يلزم الاضرار بمسلم هذا وقد قال في المختلف ان كانت العين باقية ردها والاجرة وان كانت تالفة ردة الاجرة وهل يرد اعلى القيم من حين النصب الى حين التلف ان اوجبتا على الغاصب او القيمة يوم التلف والوجه هنا التحالف ونثبت القيمة يوم التلف خاصة وان لم نوجب اعلى القيم على الغاصب فلا بحث وان ادعى المالك النصب والقابض الاجارة فلا خلاف هنا في وجوب القيمة وقدر الاجرة فالقول قول المالك مع اليمين وان نقص المسمى عن اجرة المثل انتهى (قوله) ولو ادعى استيجار الذهب وسوغناه بعد التلف وادعى المالك الاجارة فان انتفت الاجرة والقيمة اخذها المالك بغير يمين وان زادت القيمة اخذها باليمين كما صرح به في جامع المقاصد ونبه عليه في التحرير (والوجه في الاول) اعني اتفاق الاجرة والقيمة ظاهر لان ذلك القدر لازم على كل من التذديرين ولا يحصل للاختلاف (وفي الثاني) ان المالك اذا حلف على نفي الاجارة انتفت فتكون العين حينئذ مضمونة على القابض فيجب قيمتها حيث تلفت وانما ذكر تسويغ استيجاره لانه لم يسبق بيانه وقوله بعد التلف متعلق بقوله ادعى (قوله) وقبل التلف للمالك الانتزاع باليمين اي اذا ادعى ذلك قبل تلف العين انتزعها المالك اذا حلف على نفي الاجارة ولا عوض للمنفعة المستوفاة لاقراره بالعارية وان وجب على مدعي الاستيجار اجرة مدة كون العين في يده بزعمه (قوله) ويصدق المستعير في ادعاء التلف كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة وجامع المقاصد والروضة والكفاية وقد يلوح ذلك ممن اقتصر على ذكر عدم قبول قوله في الرد وفي الرياض انه لا خلاف فيه سواء ادعاه بامر ظاهر او خفي لانه امين ولا مكان

لا الرد في القيمة مع التفريط او التضمين على رأي « متن »

صدقه فلم يقبل قوله لزم تخليده الحبس وقال في المسالك وقد تقدم نظيره وما يرد عليه في باب الامانات ولم نخذله اورد على نظيره في باب الامانات شيئا وفي مجمع البرهان ان ما استندوا اليه ليس بعجة فاطمة والقياس على الوديعة قياس مع الفارق لمكان الضرورة لئلا يلزم سد باب الوديعة فان كان اجماع اوصى والا فالتواعد تقتضي ان القول قول المالك كما في الرد لانه مدع والمالك منكر والفرق بين الرد والتلف مشكل نعم يمكن قبول قوله في موضع لا يمكن الاستدراك قلت قد طفت اخبار باب العارية على كثرتها بانها اذا هلكت عند المستعير ليس عليه ضمان فتأمل جيدا وفي بعضها ان صاحب العارية والوديعة مؤتمن واذا ثبت هذا لم يكن عليه الا اليمين فكان النص موجودا وانهما من واحد واحد الا ان ذلك قد يقضي بقبول قوله في الرد ولا يقولون به فتأمل ولعله لا يجي هنا خلاف الصدوق والشيخ في النهاية وصاحب الوسيلة من قبول قوله من دون يمين كما قالوه في الوديعة قوله لا يرد كما في الكتب التسعة المتقدمة مع زيادة النافع وايضاحه والتبصرة والمسالك ومجمع البرهان وفي بعض انه لا يعلم فيه خلافا للاصل وانه قد قبضه لمصلحة نفسه بخلاف الودعي فانه اذا قبض لمصلحة المالك خاصة ومعنى عدم قبول قوله الحكم بضمانه المثل او القيمة لا الحكم بالعين مطلقا اي كاذبا كان او صادقا لازوم ابداعه الحبس بخلافه ولا منافاة بين امكان صدقه وكونه كاذبا في الواقع والحكم بيمينه مثل او القيمة طاهرا اذ ليس كل ممكن بواقع وطريق الجمع الانتقال من العين الى البدل وقال في جامع المقامد ومن هنا يعلم ان الوكيل يحصل كالستعير ونوعا كالستودع قلت هذا يتم لو كانت العلة منصوبة وليست كذلك وانما هي مناسبة مع مخالفة الاصل والاصل فيما نحن فيه الاجماع معتزدا بالاصل وانه مدع محض والا فبعض اخبار الباب يقضي بانه كالودعي يقبل قوله في الرد كما عرفت قوله وفي القيمة مع التفريط او التضمين لو اختلفا في القيمة فالقول قول المستعير كما في السرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والارشاد والمقتصر والتنقيح وايضاخ النافع ومجمع البرهان والكفاية وفي النذرة وجامع المقامد والمالك التصريح كالكتاب بما اطلق هؤلاء بان القول قوله مع التفريط او التضمين وفي التحريم والتبصرة التقييد بالتفريط والاقتران عليه ليس خلافا بل لعله للتنبيه على الاختي او الامتناع في اختلف الابطاح والارض وضت المسئلة فيما اذا اختلفا في القيمة بعد التفريط والاتفاق عليه وليس في كلامه اختلافين كما باتي التقييد بذلك وقد اخبرني الثلاثة المذكورة تقديم قول المستعير وفي التنبيه ان عليه الفتوى ثبت ودليله لاصل وانه غارم وقال الشيخ في النهاية واذا اختلف المستعير والمعير في قيمة العارية كان المقول قول صاحبها مع يمينه فان اختلفا في التفريط والتضييع كان على المعير البينة فذكر التفريط بعد الاختلاف في القيمة وهو الذي يفهم من المقدمة والمراسم وصرح في الوسيلة قال ان اختلف في القيمة كان القول قول المعير وهو المحكي عن القاضي وقال في الغنية واذا اختلفا في مبيع العارية او قبضتها اخذها او استعيرها كان القول قول المالك مع يمينه فيما زاد عن ذلك مدعي الاجماع وحكي مثل ذلك في اعنتب عن ابي احنن ان يكون ذلك بعد رد المستعير اليه على المعير وهو بعيد على ان هذه العبارة هي التي حكها في المسألة عن حلف منا وقال انها هي التي اوردتها الشيخ في النهاية وقد حلا كلامه جميع عن التقييد بدون ذلك بعد التفريط بل هو باطلاقة شامل لما اذا اشترط التضمين فلا نستبعد قوله في اختلفت حنحو سلطان الامانة بالحيانة فلم يكن قوله مقبولا في القيمة لانه ليس في كلامهم نصريح ولا ظهور في ذلك ونعم على ذلك جمعة مع ان منهم من صرح بالتفريط والتضمين كوله المصنف في الايضاح ومعه من اسلك الحكمة كالحقق الثاني والثالث والثاني واجابوا بان تقديم قوله ليس بكونه امينا بل بكونه منكرا وبظاهر كلامه انه ان هذا خبرا استندوا

وفي عدم التفريط (فروع الاول) ولد العارية المضمونة غير مضمون (الثاني) مؤنة الرد على المستعير (الثالث) لورد الى من جرت العادة بالقبض كالدابة الى سائسها لم يبرأ « متن »

اليه وقال كاشف الرموز اني اعتمدت الاحاديث فما ظفرت بخبر يؤيد هذا القول واخذ بتجشم لهم ان الثابت في الذمة هو التالف ومع تعذر المثل القيمة فالمستودع بدعي ان الثابت في الذمة هذا القدر خلاصا مما ثبت في ذمته فعليه البينة ثم اجاب باننا لانسلم انه بدعي بل ينكر قول المالك ويقر بالقدر المتفق عليه قال ولا يقال انه بدعي امرا خفيا لان المتفق عليه لا يكون خفيا والغرض انه وصاحب السرائر لم يحتاج لهم بما في المختلف وغيره وصاحب الفنية احتج بالاجماع الموهون بما عرفت نعم ما ذكره يتعين في الوديعة لانه لا يتأتى فيها الضمان بدون تفريط ولا كذلك العارية وقد خلت بعض العبارات عن ذكر اليمين وهو مراد جزما هنا (وليعلم) ان ذلك كله فيما اذا احتمل تغير القيمة حين التلف لطول المدة ونحو ذلك والا فلو رآها اهل الخبرة قبل هلاكها بحيث يجوزون انها لم تتغير قيمتها حين هلاكها بما قاله المستعير فان القول قول المالك ولعل ذلك مراد الشيخين واتباعها فتأمل (قوله) وفي عدم التفريط كما في النهاية والوسيلة والغنية والسرائر والنافع والتذكرة والمختلف والبصرة والتنقيح والكفاية وهو المحكي عن القاضي والتي للاصل وانه منكر وقد يظهر من الغنية الاجماع عليه وقال في المنفعة وان تمدى المستعير في العارية ضمنها وان لم يكن صاحبها قد اشترط ضمانها والقول في الخلف بين المستعير وصاحب العارية كالقول في الوديعة والرهن سواء ان كانت لاحد هماينة حكم له بها وان لم تكن فالقول قول صاحب العارية مع يمينه بالله عز وجل مع انه لم يذكر في الرهن ولا الوديعة الخلف في التفريط بل في القيمة معه وجعل القول قول المالك ولم يطل به الا ههنا فتأمل وقال في المراسم فالمضمون يلزم ضمانه على كل حال وما لا يضمن لا يلزم ذلك فيه الا بالتفريط خاصة فان اختلفا في شيء من ذلك فالقول قول المعير مع يمينه اذا عدما البينة فان قصد وشيخة الخلف في التفريط كانت المسئلة خلافية ولم يفهم المصنف مهما الخلاف في الكتاب ولا ولده ولا كاشف الرموز ولا ابوالعباس ولو كانا مخالفين ما اهمل التنبيه عليه بالنكية في الشرائع وغيرها مما لم نذكره والمصنف في المختلف احتمل كونهما مخالفين احتمالا وانما نسب الخلاف اليهما على البت الفاضل المقداد ونقل عبارته حرفا فحرفا شيخنا صاحب الرياض (قوله) (فروع الاول) ولد العارية المضمونة غير مضمون هذا خاص بما اذا كانت مضمونة بالاشتراط فيما يؤثر فيه الشرط لا كولد الصيد للحرم وشبهه ووجه عدم ضمانه ان الاذن في اثبات اليد عليه مستفادة من فعوى عارية الام وليس داخلا في العارية ولا فرق بين كونه منفصلا او حملا ويحيى على قول الشيخ ان الحمل جزء من الام ضمانه (قوله) الثاني مؤنة الرد على المستعير قد تقدم الكلام فيه لانه قبض لمصلحة نفسه ويجب رد الملك على مالكه عند الطلب او انقضاء المدة وقال في جامع المقاصد قد يقال هذا ينافي ما سبق من عدم وجوب طم الحفر لو قلع الفرس المالك لانه لم يرد الملك المستعار على المالك الا ان يقال المراد رده على مالهوبه وعلى ما ذكره فقد يستفاد ان المالك اذا بذل الارش الزمه بالقطع وليس يبيعد لكن يشكل عليه ما لو استعار في بلد فسافر المالك الى بلد اخر فيمكن ان يقال الواجب الرد في بلد العارية لانه الذي لزمه وقت تسليمها (قوله) اوردته الى من جرت العادة بالقبض كالدابة الى سائسها لم يبرأ لو قال لورد العارية الى من جرت العادة بقبضه لما كان اولى وقد تقدم الكلام في ذلك وقال ابو حنيفة اذا ردها الى ملك المالك صارت كأنها مقبوضة لان رد العواري في العادة تكون الى املاك صاحبها وغلظه في التذكرة يرد السارق

(الرابع) لو اعار المستعير فللمالك الرجوع باجرة المثل على من شاء ويستقر الضمان على الثاني مطلقاً على اشكال وكذا العين (الخامس) لو اذن المالك في الاجارة او الرهن لزمه الصبر الى انقضاء المدة على اشكال فتقدر المدة في الاجارة ويضمن المستعير في المضمانة دون المستأجر والمرتين (المقصد الثالث) في اللقطة وفيه فصول « متن »

المسروق الى الحرز ومنه عليه العادة (قوله) ﴿ اعار المستعير فللمالك الرجوع باجرة المثل على من شاء ويستقر الضمان على الثاني مطلقاً على اشكال ﴾ لا ريب ان له الرجوع باجرة المثل من شاء منهما لان المنفعة مضمونة على كل واحد منهما لكونهما عاينين وراذبا لا طلاقا ما اذا كان اي الثاني عاينا او جاهلا واستقراره على العالم لا اشكال فيه واما الاشتك في استقراره الى الجاهل اقواء واصحه عدده قراره عليه كما في الايضاح وجامع المقاصد لانه ان اقدم على استنبط المنفعة مجازا فكل مفرورا ضعيف المباشرة فيرجع على من عره ولا ترجيح في التذكرة والتحرير والحواشي كالكتاب ما ذكره لانه للثلف المباشر للثلف وهو ضعيف (قوله) ﴿ وكذا العين ﴾ يعني ان العين لو تلفت من سائر اديهما فيشغى المالك في الرجوع على من شاء منهما وقرار الضمان على الثاني مطلقاً على سائر اديهما من سائر اديهما وجهه مما سبق لكن في الشرع يحزم بان قرار الضمان على المستعير الثاني لو تلفت في يده ولم يستكمل في الجاهل كالتذكرة والاصح انه يرجع على من عره كما في الايضاح ايضا وجامع المقاصد والكتاب في باب الرهن وفي احوالي انه لو اشترط عليه الضمان او كانت مما يصح كذهب والفضة ضمن قتلها وادائه في ذلك الحق الثاني لانه اما دخل على صمانها وقال والحال في نقص الاعاض يعلم من هذا (قوله) ﴿ لو اذن المالك في الاجارة او الرهن لزمه الصبر الى انقضاء المدة على اشكال فتقدر المدة في الاجارة ويضمن المستعير في المضمانة دون المستأجر والمرتين ﴾ قد تقدم الكلام في باب الرهن فيما اذا استعير رهن مسبقا في المضانة وطرافها مستوى احسن استيفاء وقد خطنا هناك كلامهم في الرهن ومنه يعلم حاله اذا اذن له في الاجارة والاصح انه يلزمه الصبر الى انقضاء المدة امتددة لانه لا بد من تقديرها فيها لانه ليس بالزيادة والنقصان والصبر لذلك يتفاوت تفاوتاً بينا فلا تصح الاجارة حينئذ بدون تقدير المدة ولا يصح المستأجر والمرتين لو تلفت لان يدهما بد امانة وقد تقدم الكلام في المرتين

﴿ المقصد الثالث في اللقطة ﴾

قال في القاموس اللقطة محركة وكثرة وممزة وثمة ما اللقطة وانقص في الصحاح الى الاول (وقال في النهاية) اللقطة بضم اللام وفتح القاف المال الملقوط قال وقال مضرب في اسم الملقط كالصحن والممزة فاما المال الملقوط فهو بسكون القاف والاول اكثر واصح انتهى (قلت) هذا البعض ادي فان سكون القاف لا غير هو اخيل ابن احمد حكاه عنه في التذكرة واما حوازي فتح قد بسكونها معك عن الاصمعي وابن الاعرابي والفرابي عبيدة اوفي انصباح انير) اللقطة وزان رمية ما تحده من المال الصانع قال قال الازهري اللقطة بفتح القاف اسم الشيء الذي تحده ملقى لتأخذه قال اي الازهري هذا قول جميع اهل اللغة وحذاق النحويين وقال الليث هو بالسكون ولم اسمعه لغيره واقدمه ابن فارس الدراج وجماعة على الفتح ومنهم من بعد السكون من لحن العوام ووجه ذلك ان الاصل لقطة فكثرت عليهم لكثرة ما يلتقطون في النهب والغارات وغير ذلك فتقلب بها السنتهم اهتماما بالتخفيف فحذفوا اهاء مرة وقالوا لثام والالف اخرى فقالوا لقطة فلو اسكن اجتمع على الكلمة اعلالات وهو مفقود في فصيح الكلام وعن ابن عبيدة ان

(الاول) في اللقيط وفيه مطلبان (الاول) الملقوط اما انسان او حيوان او غيرهما ويسمى
الاول لقيطا وملتقوطا ومنبوذا وهو كل صبي ضائع لا كافل له « متن »

اما عليه عامة اهل العلم ان القطة بالتحريك حكاة عنه في السرائر وقال في الايضاح في حديث يزيد بن خالد
الجبلي اجمعت الرواة على روايته بالتحريك وفي الصحاح اصل القطة الاخذ من حيث لا يحسن منه وفي
النهاية ان يعثر على الشيء من غير قصد (وكيف كان) فقد قال جماعة انها مختصة لغة بالمال والتفهاء يجوزوا
في اطلاقها على ما يشمل الادمي وبعضهم جرى على المعنى القوي وافرد الانسان الضائع بكفاح آخر
وعرفه باللقيط (قلت) الظاهر انها حقيقة شرعية بناء على قول هؤلاء الجماعة لوجود معيارها فيها كما هو
واضح لانه قد اطلق لفظ القطة على الجارية في صحيح علي بن جعفر في كلامه (قوله) ﴿الاول
الملقوط اما انسان او حيوان او غيرهما ويسمى الاول لقيطا وملتقوطا ومنبوذا﴾ كما في الشرائع وكذا
التذكرة والتحرير والدروس وغيرها فجعلوا الاقسام ثلاثة باعتبار اختلاف احكامها فان لكل واحد من
هذه الاقسام الثلاثة حكما يخصه واللقيط فعيل بمعنى مفعول فهما بمعنى والنبوذ المطروح فانه ينبذ اولا ثم
يلقط فيرجع الاسماء الثلاثة الى امرين باعتبار حالتيه (قوله) ﴿وهو كل صبي ضائع لا كافل له﴾
كما في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والدروس مع زيادة الصبية والمجنون في الاخير واشترط في
الارشاد صفه ونحوه ما يفهم من الوسيلة والغنية وفي الحواشي كل صبي طرحه اهله عجزا عن الصلة او خوفا
من التهمة وفي التهمة وفي النعمة والروضة والمسالك والكفاية وكذا جامع المقاصد انه انسان ضائع لا كافل له وكلام
اهل اللغة يوافق ما في الشرائع وما وافقها قال في النهاية اللقيط الطفل الذي يؤخذ مريما وفي القاموس انه
المولود الذي ينبذ وفي المصباح المنير انه غلب على المولود المنبوذ نعم في الصحاح انه المنبوذ فتأمل (ثم) ان حكم
الاتقاط وهو الاخذ والتصرف في اللقيط وحفظه على خلاف الاصل ولا سيما على القول بوجوده فيقتصر
فيه على القدر المتيقن من النص والفتوى وهو ما اطلق عليه اسم اللقيط حقيقة عرفا وهو الصبي الشامل
للسبية تغليا شامعا دون مطلق الانسان الشامل له ولان في حكمه كالمجنون وان لم يستقل بدفع الهلكات عن
نفسه لان احكام اللقيط انما ترتب على الاسم لان الموجود في الاخبار اللقيط والليطة دون الحاجة ودفع
الضرر لاندفاعهما بارجاع الامر الى الحاكم فليكن الشأن فيه كالأشأن في البالغ العاقل فقد اتفقوا على امتناع
التقاطه وقالوا انه لو خاف عليه التلف وجب اتقاؤه كما يجب اتقاذ الفريق ونحوه وهذا يقضي بان المدار على
الاسم دون وجوب دفع الضرر كما سنعلم في بيان التعريف فالحاق المجنون مطلقا بالصبي كما هو خيرة
الشهيدين والمحقق الثاني والخراساني وظاهر الكتاب والارشاد حيث قال فيهما ولا يلتقط البالغ العاقل اذ
قضيته انه يلتقط غير العاقل غير متجه وبذلك ظهر ان لا وجه لقوله في المسالك لا وجه للقييد بالصبي (ثم) انه
ينبغي ان يز يد في الدروس المجنونة لكن هذا يقضي بخروج المميز وكأن المشهور دخوله لانه خيرة الشرائع
والتذكرة والتحرير والكتاب والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر النعمة وكذا الوسيلة
والغنية وتردد فيه في الكفاية وكأن عبارة الارشاد غير ملتزمة لانه اولا جعل الصفر شرطا وفتح عليه
عدم صحة اخذ البالغ العاقل فيفهم منه انه يجب التقاط غير البالغ ثم قال ويجوز اخذ المملوك الصغير دون المميز
فيفهم منه ان المميز ليس بلقيط في المملوك ونحوه ما في الكتاب والتذكرة كما يأتي لكن المحقق الثاني
والشهيد الثاني استثنيا المراهق تبعا للبسوط واليه مال في الدروس لانه مستغن عن الحاجة الى التعهد
والترية فكان كالبالغ في حفظ نفسه (وقد يقال) ان الشهرة غير متحققة لاضطراب كلمتهم في التعريف
والشرائط والتعليل فيه كما عرفت ومستعرف هذا المحقق في الشرائع تردد اولا ثم جعل جواز التقاطه اشبه
لصفه وعجزه عن دفع ضرورته ونحوه ما في التذكرة والتحرير (وانت خبير) بان الاشبه بالاصول عدم صحة

ولو تعاقب الالتقاط اجبر الاول والتقاطه واجب على الكفاية ولا يجب الاشهاد ولا يلتقط البالغ ولو ازدحم ملتقطان قدم السابق فان تساوى ففي تقديم البلدي على القروي والقروي على البدوي والموسر على المعسر وظاهر العدالة على المستور نظر « متن »

الام هنا والقول باختصاص الوجوب بذى الحق محل نظر للأصل وليس في الاخبار ما يدل على غير ثبوت اصل الاستحقاق فله اسقاط حقه كما صرح به جماعة نعم ان استلزم تركها تضييع الولد وجبت كفاية كغيره من المخطرين ولم يرد من قال هنا ان الذي يجبر على اخذه من تجب عليه حضائنه (قوله) ❀ ولو تعاقب الالتقاط احبر الاول ❀ قد عرفت المصرح به ووجهه ان الحكم تعلق به فيستصحب فلا يجوز له نبذه بعد ذلك وردّه الى المكان الذي التقطه فيه بلا شك كما في التذكرة فلو فعل لم يسقط عنه الحكم فان عجز عن حفظه سلمه الى الناضي فان تدرّم به مع القدرة فقد قرب في التذكرة انه يسلمه ايضا الى القاضي وهو مبني على ان الشروع في فروض الكفاية لا يوجب اتمامها وهو خلاف التحقيق لان فروض الكفاية تختلف في ذلك فبعضها يجب اتمامها وبعضها لا يجب وايضا فالظاهر انه بعد اخذه لم يكن من الشروع في الواجب الكفائي كما يأتي بيان ذلك كله والذي اختاره ولده والكركي انه ليس له ان يسلمه كما يأتي عند تعرض المصنف له (قوله) ❀ والتقاطه واجب على الكفاية ❀ كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس والتنقيح وجامع المقاصد وفي المسالك والكفاية انه مذهب الاكثر وفي المسالك ايضا انه مذهب المعظم وفي غاية المرام انه المشهور وفي التنقيح ان عليه الفتوى (قلت) المصرح به خمسة وفي الشرائع والنافع انه مستحب وقد رماه الشهدان بالضعف وفي اللمعة التفصيل بالوجوب مع الخوف والاستحباب مع عدمه وهو ظاهر الدروس وفي المسالك والروضة والكفاية انه متجه وقد ناقش فيه اي التفصيل في جمع البرهان قال في وجود صورة الاستحباب تأمل اذ الطفل في محل التلف مع عدم الكفيل (وفيه نظر) واضح لانه قد يكون ممن يمكنه الوصول الى محل الحفظ بنفسه مع مشقة وعسر (ووجه الوجوب) ان فيه صيانة النفس عن التلف وفي تركه ائلاف لما فكان كاطعام المضطر وانجائه من الفرق وليس عليه فيه ذهاب مال (ووجه الاستحباب) الاصل ولا معارض له الا الامر بالاعانة على البر وهو الاستحباب لاستلزام وجوبه الاعانة على كثير من وجوه البر بما تشهد الضرورة بعدم وجوبها فيه والتخصيص يوجب كون الخارج اكثر من الداخل وقد برهن في محله انه يشترط بقاء ما يقرب من مدلول العام وقد عرفت المعارض له والتفصيل هو الاشبه وفي التذكرة الاجماع على عدم وجوبه على الاعيان (قوله) ❀ ولا يجب الاشهاد ❀ عندنا كما في جامع المقاصد وهو مذهب الاصحاب كما في الكفاية للاصل ولا ترجيح في المبسوط وفي الدروس وجامع المقاصد انه مستحب لانه اقرب الى حفظ نسبه وحرية فان النقطة يشيع امرها بالثبوت ريف ولا تعريف في اللقيط (قوله) ❀ ولا يلتقط البالغ العاقل ❀ كما هو قضية تعريف اللقيط وشرايطه كما تقدم وبه صرح في الدروس وجامع المقاصد لانه يمتنع نفسه كالعادة الممتنعة كذلك ولا متاع تبيوت الولاية عليه نعم قالوا لو خيف عليه التلف في مهلكة وجب انقاذه كما يجب انقاذ الفريق ونحوه (قوله) ❀ ولو ازدحم ملتقطان قدم السابق ❀ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو قضية كلام المبسوط لان الملتقط هو السابق الى اخذه وفي الاول والاخير انه لا يثبت السبق بالوقوف على راسه من غير اخذ وهو كذلك وفيهما انه لو كان الازدحام قبل اخذه وقال كل واحد منهما انا اخذه واحضنه جعله الحاكم في يد من يراه منهما او من غيرهما اذ لاحق لها قبل الاخذ وسيأتي ان شاء الله تعالى ما اذا تناولا واحدًا دفعة واحدة وكانا اهلا للالتقاط معا (قوله) ❀ فان تساوى ففي تقديم البلدي على القروي والقروي على البدوي والموسر على المعسر وظاهر العدالة على المستور نظر ❀ ونحوه ما في الايضاح والدروس والحواشي من التأمل وعدم

فان تساويا اقرع او شركا في الحضانة " متن "

الترجيح في الحكم وفي الابصار ان الاولى القرعة وحكم في التذكرة بالترجيح هذه الصفات قد ان تساويا في الصفات فان ترجح احد المتقطين بوصف يوجب تحقظه دون الآخر وكذا مع من لم يحوار الالتقاط اقرع في يده وترج من يد الآخر صحت ارجحة اربع وحرره بالترجيح في ذكرها اربعة يد اخر على الصد والمكاتب وان كان التقاطه نادر سنده لانه في نفسه مفسر وليست يد سب يد اليد وواقعه في جمع المقاصد في تقديم املوه العدالة من استور قال لان الاحوال اسماء الله الموقر والى الترحيح بهذا الاعتبار قال وهذا شأن على القول هذه استراط العدالة في المقتضى ان لا يسهل ان يراه المصنف فلا وجه للنظر في هذا الله وقال واما اقول فالاصح عند ترجيح احد من يد لا يراى كذا منه اهل الالتقاط وتأثير واحد من الادب المذكورة في الترجيح غير موقوف على الادب بل هو ان لا يرجح المؤمن من المعسر ولا اخصر من الله ولا اسلم من الكرم اذا كثر الملقط وراى في المسالك انه الاظهر ووصف في المصطط فقد لاس من الماسق وحكي عن قدمه اربعة في اربعة يقدّم الايسر فان تساويا في اقرع من يرحح به فقدمه الفروي من الدوى اربعة في اربعة حصر فان وان وحده في ابيه وكان الدوى من حلة مربية واه يقرع من وار من الامور ولم يرحح (ومن يقول) ليس في احد الباب الا ان الله لا يباع ولا يشتري وليس فيه امر من دونه في هذا الفصل من تقديم السابق ولا تقديم غيره من ليس فيها تعرض لوجه من الامور لا باءوا اخذوا ذلك من صواط وقواعد اخر وقاوا ان يرحح لا تقاط لحفظ العدل والاعل واما في الشريعة تفصي ان كل من كان احفظ لنفسه من دونه الى وصول قرع الله ووجه من دونه باوده وآس له فانه اولى به ولا ريب في جعل ارجح هذه الصفات فان الملقط احفظ له من دونه واقرب الى وصوله الى فريه واحد من حاس الدرع من الاخلاق القرعة والى اربعة في تربته والعقير اسلم ما يكون عنه عقره واستعمله من له له والعدل محل امانة من دونه ولا من الترجيح للاتفاق من عدم انتزاعه منه لا ارامه لا سقطا حق لوجه الله له بالى في اربعة حرج عليهما وعليه مع معاسد اخر واتاه عليه فضع لا من معبر لاجلانه مع عليه من دونه فلا اسكل في الترجيح حتى يحتاج الى القرعة او القول بان الاصل عنده واهل الترجيح هذه صفات من دونه هاهو الزاج ويقدم المسلم الكور في اللقيط اربعة كره لانه يحدي الله سعاده الدارين من اخرية والصفار ويخلص من عذاب النار لا يرب في انه اولى من الترجيح لانه قد ذكره في المذبح الى القرعة فيما ياتي توحيمات دور هذه المرححات كما سمع من من لا يندد الله من ارجل في سي وان قدمت الامم على الاب في الحضنة فانما ذلك لم يكن يادة اقل الله فقه الله من تقديم الاى في الاى على ارجل (قوله) ﴿ فان تساويا اقرع ﴾ كما في الامم والذكر والاى من واللمعة وجمع المقاصد المسالك واروصه مجمع الرها من تقدم من ان احتجهم من اربعة حرج الاصرار بهما وبالظن حورج اموره ولا يمكن ان يكون عندهما في حالة واحدة وفي تمام مع ذلك ومهابتهما قطع الالة لتدل الابدي واختلاف الاعدية والاحلاق ولا يرب انه لا يمان ان يرحح من ايديهما ولا ترجيح لاحدهما لتساويهما فيقرع بينهما من حرج اسمه كان هو الملقط قال الله عز وجل وما كنت لديهم اد يلقون اقلامهم ايهم يكمل مريب وهو معنى القرعة والمراد بتساوي المتقطين انتهاء المرحح اما باستوائهما في الصفات او على القول بان ثبت من الصفات السابقة لا يرجع به قوله ﴿ او شتركان في الحضنة ﴾ هذا حيرة التمرير حيث قال الزما معا واحتمل القرعة وفي الشرائع ربه اقدح الاشتراك

ولو ترك احدهما للآخر صح سواء كانا مؤسرين او احدهما حاضرين او احدهما او كان احدهما كافرا مع كفر اللقيط ولا يحكم لاحدهما بوصف العلام ولا بداعيا بنوته ولا بينة اقرع ولا ترجيح بالاتقاط اذ اليد لا تؤثر في النسب « متن »

وفي الدروس ان التشريك بينهما في الحضانة ميد وفي التذكرة ان الاجتماع الى الحضانة متعسر او متعذر اجتماعا او مهابة (وقد يقال) يرجع الى نظر الحاكم فن رآه احسن قياما باوده جعله في يده (وفيه) انه قد يستوي الشخصان في اجتهاده ولا سبيل الى التوقف فلا بد من الرجوع الى القرعة وليس لك ان تقول انه يتخير فتدبر (وقد يقال) يرجع الى اختيار الصبي اذا كان مميزا هذا والشهيد فهم من العارة ان التردد على طريق التغيير وقال ان القرعة اولى ثم قال ان بعضهم فهم ان قولهم ويستركان احتمالان وفي جامع المقاصد كان الشارحين فيها انه على طريق التغيير فلم يتعرضوا لشرحه (قلت) قد سمعت كلام الجماعة وانه نص او ظاهر في انهما احتمالان (قوله) ولو ترك احدهما للآخر صح سواء كانا مؤسرين او احدهما حاضرين او احدهما او كان احدهما كافرا مع كفر اللقيط قد صرح في المبسوط والشرائع والتحرير واللمعة والمسالك والروضة وجمع البرهان والتذكرة والحواشي وجامع المقاصد انه يجوز لاحد الملتقطين دفعة ترك اللقيط الاخر وفي الثلاثة الاخيرة ان ذلك قبل القرعة لا بعدها كما ستسمع قال في المبسوط لانهما ملكا الحضانة بالاتقاط فاذا اسقط احدهما حقه صار الكل للاخر كالسفيعين ولا يحتاج الى اذن الحاكم الا ترى انه لو اقرع بينهما احتيج الى اذن الحاكم وقال في التذكرة لو خرجت القرعة لاحدهما ليس له تركه والاخلاد الى الاخر لان الحق نعين فصار كالمفرد فتأمل وقضية كلام المصنف انه يجوز ترك المؤسر للمعسر والحاضر للمسافر والمسلم للكافر مع كفر اللقيط كما هو قضية كلام المبسوط والشرائع والمسالك وهو محتمل التحرير في الاخير وكذا الارشاد فيه في مقام اخر وفي الجميع نظر (اما الاولان) فلانه قد تردد اولا في ترجيح المؤسر على المعسر والحاضر على غيره فعلى احتمال الترجيح كيف يصح ترك المؤسر للمعسر والحاضر لغيره نعم على احتمال التساوي قد يستقيم ذلك مضافا الى ما تقدم لنا (واما الثاني) فلما تقدم ايضا من انه اي المسلم يسوق له في تربته سعادة الدارين مضافا الى ان كل مولود يولد على الفطرة فلا بد من ترجيحه كما في جامع المقاصد وكذا مجمع البرهان وقد بني عنه البأس في التذكرة بعد حكايته عن بعض الشافعية (قوله) ولا يحكم لاحدهما بوصف العلام اي لا يحكم لاحد اثنائين في الالتقاط بوصف علام الصبي كما في الشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك كالخال في رأسه ونحوه لانه لا اثر لذلك في اثبات الولاية ونفيها كما لا اثر له في اثبات النسب ونفيه لو تنازع اثنان بنوته ووصف احدهما بالعلام وخالف في النسب ابر حنيفة واحتمل في التحرير الحكم به اي وصف العلام كاللقطة (قوله) ولو تداعيا بنوته ولا بينة اقرع ولا ترجيح بالاتقاط اذ اليد لا تؤثر في النسب كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان قال في المبسوط لا تأثير ليد هنا لانها اما يكون لها تأثير فيما يملك والنسب ليس كذلك ومعناه ان اليد لا تثبت على الانساب واما تثبت على الاملاك فيحصل الملك باليد كالاصلطباد ونحوه فلا بد من القرعة وعند جماعة من العامة انه يعرض على القافة لكن المصنف في باب القضاء قال فلو تداعيا صبيا وهو في يد احدهما لحق بصاحب اليد خاصة على اشكال فقد استشكل في ان اليد هل ترجح النسب كما ترجح الملك وقيدته ولده وكاشف اللثام بما اذا لم يعلم ان اليد التقاط قال كاشف اللثام واما يد الالتقاط فلا ترجمه قطعاً وظاهره الاجماع هذا وقد قال في الدروس فيما اذا لم يعلم كونه لقيطاً ولا صرح بينونه فادعاه غيره فنزاعه فان قال هو لقيط وهو ابني فما سواه وان قال هو ابني واقتصر ولم يكن هناك بينة على انه

وكذا لو اقاما بينة ويحكم للمختص بها وفي ترجيح دعوى المسلم او الحر على دعوى الكافر
او العبد نظر « متن »

اللتقط ان الاقرب ترجيح دعواه عملاً بظاهر اليد وفرض المسئلة في الكتاب فيما اذا وجد لقيطاً وبقي في بده اياماً ولم يدع
انه ابنه فجاء آخر وادعى انه ابنه ثم ادعى الملتقط انه ابنه فان ادعى في حاله ان يكن هناك منازع فقد تمت دعواه
ولا تسمع دعوى الاجنبي الا بينة كما في المبسوط وغيره ونصير دعوى بنوته مع اعترافه كونه لقيطاً بان
يكون قد سقط منه او نبذه ثم عاد الى اخذه ثم عد الى العبارة قال في جامع المقاصد لو قال لو تدعى ان ابنك
بنوته لكن اولى لانه حينئذ لا يكون الحكم مقصوراً على الملتقطين (قلت) من ان ادعى انه لم يرد الملتقطين
حتى يتوهم قصر الحكم لقوله لا ترجح بالالتقاط ولا فادته قصر الحكم الذي هو يدهي البطلان ثم انه لو قال
لو تدعى انتان فالاولى انت يقول احدهما الملتقط كما في الشرائع كما لا يخفى (قوله) وكذا لو اقاما
بينة اي يقرع بينهما لو اقام كل منهما بينة بنوته وتعارستا كما صرح به في الكتب المتقدمة على
الارشاد وجمع الرهان ولا يرجع الى التامة (قوله) ويحكم للمختص بها كما صرح به في اكثر
الكتب المتقدمة ووجه ظاهر (قوله) وفي ترجيح دعوى المسلم او الحر على دعوى الكافر او العبد
نظر كما في التحرير والارشاد وتردد كما في الشرائع وكذا اللمعة من عموم الادلة الدالة على حوازي اذنا
النسب لكل منهم ومن قوة جانب المسلم والحر اذ الاصل في اللقيط الاسلام والحرية وكذا في جامع المقاصد
ولعله يريد عمومات الاقرار بالنسب وقوى الشيخ في المبسوط ترجيحهما وكذا في غير الاسلام والشهادات في
الايضاح والدروس والروضة الا اذا كان اللقيط محكوماً بكفره او رقه ففي الدروس انه يجزى التوقف او
ترجيح الكافر او الرق وفي الروضة انه بشكل الترجيح واحد الامرين قضية كلام الفخر والذي قال به
او مال اليه المقدس الاردبيلي ترجيح المسلم والحر مطلقاً وقال ابو علي انه يرجح الحر على العبد فان قامت
البينة بانه ولد العبد الحقنا به بسبه واقرناه على الحرية الا ان تقوم البينة انه ولد من أمة وحزم في الخلاف
والتذكرة بعده ترجيحهما اي المسلم والحر واصير الى القرعة وفي جامع المقاصد انه الظاهر سواء كان
الالتقاط في دار الاسلام او الكفر وفي المسالك انه الاظهر وفي المختلف انه المشهور فليتأمل في هذه الشهرة
وهو ادرى ولعله اتى بها من قولهم في باب القضاء انه اذا وطئها انسان وطئاً مباحاً شبهة ثمانت بولد فانه يقرع
بينهما سواء كانا مسلمين او احدهما او كافرين او احدهما وحرين كانا او عبيدين او احدهما وقد ادعى كشاف
الاثام على ذلك الاحماع خلافاً للقطعة المبسوط وبه صحيح اخلي بناء على ان المسئلتين من سنخ واحد (وكيف
كان) لا ينبغي التامل والتردد اذا حكم باسلامه وحرية لمن اشترط في الملتقط الاسلام والمعادلة اذا كانت
اللقيط محكوماً باسلامه كالمصنف في الكتاب وغيره وغيره كما يأتي بالولد المتنازع في بنوته اذا لم تكن الدار
دار كفر ليس فيها مسلم يمكن حصوله منه محكوماً باسلامه وحرية فلا اقل من ان تكون البينة كالحضنة
والولاية في اللقيط لان حفظ الاسلام الظاهري مطلوب عقلاً وشرعاً فيطلب جانبه وكذلك الحرية فان
اخر اقوى على الحفظ لمكان الاستيثار واجد عن العار والكفر قد يفتنه عن الاسلام ويجعله كافراً مستحقاً
لنار الجزية والصغار فينبغي حفظه عن ذلك بل يجب وان كان الولد محكوماً بكفره وكذلك الحال في الرقية
فكونهما سبيين في الترجيح امر واضح (وعادك تقول) انا تقرع بينهما فاذا خرجت القرعة بانه ولد الكافر
يحكم ببنوته له واسلامه لانه اقر بماله وعليه فلا يقبل فيما له وهو الاسلام ويقبل فيما عليه وهو النسب كما قاله
الشيخ في المبسوط والمصنف وغيرهما كما يأتي فيما اذا ادعى ان الذي سب اللقيط ولا بينة معه وكما سمعته من
ابي علي في دعوى العبد (لانا نقول) ان خوف الفتنة باق واناعنا مندوحة بترجيح المسلم الا ان نقول انه
يفرق بينه وبينه كما يأتي مثله وكذلك خوف الماء في العبد وعده التمكن من الحرية على ان الحكم باسلامه

ولو انفردت دعوى البتة بحكم بها من غير بينة حرا كان المدعي للبتة او عبدا مسلما او كافرا ولا يحكم برفقه ولا كفره اذا وجد في دارنا الا مع بينة البتة « متن »

هذا وحرية وكفر احد ابويه او رقيه مما لا يجزمه ان بحسب الاصول والضوابط لان الحكم باسلامه يقضي بالحكم باسلامها لان الاصل عدم جلب الكافر والرق لبلاد الاسلام لانها مجلوبان واذا حكم باسلامها لم يحكم بغير احدهما والا لزم انفاة قال في الايضاح اذا التقط في دار الاسلام يقدم السلم والحر لانا حكمنا باسلامه وبجريته وذلك مستلزم للحكم باسلام احد ابويه وبجريته لانت تبعية الدار انما هي بواسطة تبعية النسب لان المولود من كافرين لا يتبع الدار في الاسلام بل اما يتبع الدار مجهول النسب فلا بد وان يحكم باسلام احد ابويه لكن نسبة الام والاب في هذا الحكم واحدة فيحكم باسلامها والا لزم الترجيح بلا مرجح ولانا نحكم بوجودها في دار الاسلام وتولده فيها وبجريتها لان الكافر والرق مجلوبان اليها والاصل عدم الجلب واذا حكم الشارع باسلام ابويه لم يحكم بكفر احدهما فلا يلحقه بالكفر لمنفاة الحكم بالاسلام وكذا في الرق ولان المسلم يركن اليه في النسب ولهذا تقبل دعواه مع عدم المعارض من غير بينة والكافر لا يركن اليه في شيء لقوله تعالى (ولا تركنوا الى الذين نزلوا فتمسك النار) نهى عن ادخال ماهية الركون في الوجود فيعني اي النهي ولانه علق امساس النار بمجرد الركون مطلقا ولما كان المحكوم بابوته تركونا اليه ترجع المسلم على الكافر انتهى وفي بعض ما ذكره تأمل كما ستسمع (قوله) ❁ ولو انفردت دعوى البتة حكم بها من غير بينة حرا كان المدعي او عبدا مسلما او كافرا ❁ كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والمسالك وكذا الدروس والايضاح وجامع المقاصد والمراد كما صرحوا به اذا كان المدعي ابا وفي الاخيرين الاجماع عليه بل في الاخير اذ جاع عليه في باب الاقرار ايضا ولم تقف فيه على خلاف ولا تأمل الا من المقدس الاردبيلي بل قد يظهر من التذكرة الاجماع ايضا قال في المبسوط في توجيه ذلك لانه اقر بمجهول النسب وامكن ان يكون منه ومن كان كذلك قبل اقراره لان اقراره لا يضر بغيره ولا يخالف الظاهر فيحكم له به ويستحب ان يذكر النسب فيقول هذا ابني على فراشي لانه ربما يعتقد هذا الملقط انه بالالتقاط يصير ابنه وان لم يذكر جاز ويثبت النسب ويرث ويورث انتهى ونحوه ما في التذكرة وغيرها قال في التذكرة كل صبي مجهول النسب سوا كان لقيطاً او لا اذا ادعى بئوته حر مسلم لحق به لانه اقر بنسب مجهول النسب وليس في اقراره اضرار بغيره لانه اذا اقر بنسب عبد غيره لم يقبل اقراره لانه يضر به الى آخر ما قال في العبد والكافر وفي مجمع البرهان ان الكبرى غير بدئية ولا مبرهنة عليها ولا نعرف دعوى الاجماع الا من جامع المقاصد (قلت) كأنه لم يلحظ الايضاح وقال يمكن ان يكون مع الحرية ضرر على اللقيط كما اذا كان ذا مال والمدعي فقير اخلال في اخذ من ماله وينفق على نفسه (قلت) كانهم لم يلتفتوا الى هذا الضرر النادر الوقوع على انهم قد صرحوا بان امر النسب مبني على التغليب ولهذا تسمع بينته بمجرد الامكن بالنسبة الى الولد حتى انه لو قتله ثم ادعى بئوته قبل استلحاقه وحكم بسقوط القصاص هذا وقال بعض العامة لا يلحق بالكافر والعبد لانه محكوم باسلامه وحرية فلا يقبل ممن يقتضي اقراره خلاف ذلك ورد بانه يلحق به في النسب خاصة لا في الدين بل يحكم بجريته واسلامه ولا تثبت لها عليه حضانة كما ياتي وظاهرهم انه يلزم بنفخته واما العبد فقد صرحوا ان نفقة اللقيط لو ادعاه على بيت المال (قوله) ❁ ولا يحكم برفقه ولا كفره اذا وجد في دارنا الا مع بينة البتة ❁ كما في المبسوط والتحرير لان البينة اقوى من تبعية الدار وفي الشرائع ان الاولى ان لا يحكم بكفره وان اقام الكافر البينة ولا ترجيح في التذكرة وفي الدروس في ثبوت كفره بذنبك اي البينة وانفراد دعواه اوجه ثالثها قول المبسوط ولم نجد الوجه الآخر مصرحاً به في غير المسالك حيث احتمل تبعيته للكافر في الكفر تبعاً للنسب لتلازمها ثم هو احتمال او قول للشافعي وفي مجمع البرهان في اللاحق

والاقرب افتقار الاله الى البينة او التصديق بعد بلوغه ولو كان اللقيط مملوكا وجب ايصاله الى مالكه « متن »

بالكفر مع عدم القول بالكفر اشكال ومضى في حرام اسعد قتل القائل بذنوب كفره مع البينة ان اراد انه اذا علمت امومة الكافر له بالبينة ايضاً وكذا غير كفر احداده كذا يكون كافراً لضعف الاسلام بتبعية الدار فهو صحيح لا مربة فيه (قلت) قد يكون وضئها اسير شهية او متعة قل ان ينروحه . الكافر بساعة فكيف لا يكون فيه شبهة ومنسجم قوله في لقيط در الكفر اذا احتل ان يكون من مسلم قال وان كان مراده سوت كفره وان لم يثبت ذلك يعني كفر ائمه واحداً فلا ينتفى ما نتى بمجرد الاحتمال يعني انه قد ثبت اسلامه بتبعية الدار وتوث يوته لا يكفر لا تنافي اسلامه لانه لا يكون اسلامه او احد احداده (قلت) القائل بذلك يقول قد ست بالبينة انه ولد كافر فهي حجة اقوى من السبعة فلا ينتفى ما ثبت بالحجة بمجرد احتمال اسلامه او احد احداده اذ هذا ونحوه معنى تربية الارامل فتأمل قال وكذلك اقول في الرقية اذا ادعاه رقيق واقام بذلك بيته اما لو لم يقم باحد من الامرين بيته فهو اسلامه وحر به وان تنسب النسب الى اصح القولين لان الالحاق بمعرد قول الاب لا يجب قبوله في حق الولد فيما يكون صريحاً له انتهى فتأمل (قوله) **والاقرب افتقار الاله الى البينة او التصديق به** ملوعه **افتقارها الى البينة** يعني انه لا باحق بها ولا تسمع دعواها الا بالبينة حيرة الشرائع في تامل له فيه والتذكيرة والتحرير واختلاف والمسالك وقرار الروسة وموضعين من الابيضاح وحامع المقاصد وفي اقرار الكائنات به نظراً وفي المسوط والغلاف بقبل دعواها كالات وهو حيرة مجمع البرهان وقضية اطلاق اقرار السرائر والشرائع والسافع والتذكيرة والارشاد والتحرير والمعة وبيها بل طاهر الخلاف لاجماع ذلك ومعه انه باحق بها وباقاربها كما اذا اقر به الاب ولا يلحق بزوجها كما اذا اقر الزوج به فانه لا يلحق بها كما في المسوط وغيره وقد استدلى على الحكم في الخلاف عموم اقرار العقلاء (قلت) قد يستدل عليه بالتحجيج عن امرته تسمى من ارضاها ومعه الولد الصغير فتقول هو ابني والرجل يسبي فيلقى احاه فيدول احبي وبنه اراول وليس لها على ذلك بينة الا اقرارها فقال ما يقول من قبلكم قلت لا يورثونها لانهم لم يكن لهم في ذلك بينة اما كانت ولادة في الشرك فقال سبحانه الله اذا حانت ناسها او انتهت ولم ينزل مقرة واذا عرف احاه كان ذلك في صحة من عقلمها ولم يزالا مقرين ورت بعضهم من بعض ولعل المحقق في الشرائع و . واقفه هنا بمحلال بها في مورد ما وهو ما اذا كان اي الاله الاح مسيبي لا مطلقاً كما يستعان من قوله عليه السلام سبحانه الله امدى هو في حكم العلة المنصودة لانه لا يذهب الى ححتها الا اذا كان برهاً نظراً الى ان التصوص الاحر محذرة بالرجل فلا تناول المنة ولا يسلمون اتحاد خبر بقها لا يمكن اقامتها البينة في الولادة دونه كما لو علق الطمار ان ولادتها او دخول الدار فانه لا يقل قولها فيها بدون البينة ولا كذلك احيض لان بهت سب غير المعلوم ان خلاف الاصل فيقتصر على القدر المتيقن من النص والفتوى (قلت) الاحار المنصوح فيها بالرجل حيران احدهما قوي والاخر مرسل ان الرجل في المرسل وقع في الدواول مع في القوي اذا اقر الرجل باولد ساعة لم ينتف عنه ابدأ والصحيحان يحرجان عن الاصل مع حمل الشيخ بمضمونها وغيره اسلاق الفتوى من جماعة كثيرين مع ظهور دعوى الاجماع من الخلاف فكان قول الشيخ قوي . وليس تلك الدلالة من الضعف كما قال في جامع المقاصد وهذا الخلاف بالاضافة الى السب المطلق واما لاضافة الى ما ياتى من المال والسب من جهتها فينبهه الاقرار ولعله لا خلاف فيه (قوله) **ولو كان اللقيط مملوكا وجب ايصاله الى مالكه او وكيله** في الشرائع والتحرير والتبصرة والدروس والمعة والروضة ولا فرق بين الدار والاشي والصغير والكبير كما في الشرائع والتحرير ويمكن العلم بريقته بان يراه يباع في الاسواق مراراً قبل ان يضيع

فان ابق او ضاع من غير تفریط فلا ضمان ويصدق في عدم التفریط مع اليقين ويبيعه في
 النفقة بالاذن مع تعذر استيفائها فان اعترف المولى بعقته فالوجه القبول « متن »

ولا يعلم مالكه لا بالقرائن من اللون وغيره لاصالة الحرية (قوله) ❁ فان ابق او ضاع من غير تفریط فلا
 ضمان ❁ كما صرح به في الكتب المتقدمة والنهاية للاذن في قبضه شرعاً فيكون امانة (قوله) ❁ ويصدق
 في عدم التفریط مع اليقين ❁ لانه امين وبه صرح في الشرائع والتحرير ويصدق في القيمة مع التفریط
 كما في الاخير (قوله) ❁ ويبيعه في النفقة بالاذن مع تعذر استيفائها ❁ كما في الشرائع والارشاد
 والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية من دون تعرض للاذن في الاولين وعبرة
 التحرير والدروس قابلة للتقييد حيث قالا يبيع ولم يقولوا بقاء كالاولين وقد يظهر من آخر كلام الدروس ان
 الحاكم هو الذي يبيعه واما البقية عدى بمجمع البرهان فقد اشترط فيها الاذن في النفقة والبيع معاً ولم يشترطه
 في واحد منهما في مجمع البرهان ومراده انه اذا انفق الملتقط على اللقيط بنية الرجوع مع الاذن او بدونها
 على اختلافهم في التقييد الى ان استغرق قيمته وتعذر استيفائها اما لعدم الوصول الى المالك او عدم الظفر
 بماله او لكونه لا مال له سوى العبد فان الملتقط ان يبيعه في النفقة بالاذن من المالك مع امكانه فان تعذر
 او لم يأذن فباذن الحاكم على الاختلاف في القيد ايضاً ولو تعذر اي الحاكم فهو كالدين الذي امتنع من هو عليه من ادائه
 قال في جامع المقاصد فقول المصنف بالاذن قد تنازع كل من قوله يبيعه وقوله في النفقة (قلت) الظاهر
 انه قيد للبيع خاصة كما هو صريح جماعة اذ النفقة عليه لا تحتاج الى الاذن من الحاكم بل يكفي فيها نية
 الرجوع ويدل عليه اي على جواز البيع والنفقة بنفسه من دون مراجعة الحاكم او تعذره صحيحة على بن
 جعفر عن اخيه موسى عليه السلام قال سألت عن النقطة اذا كانت جارية هل يحل فرجها لمن التقطها قال لا
 انما يحل له بيعها بما انفق عليها بل تدل على جواز بيع الكل بما انفق به وان لم يستغرقه فيكون الزائد لقطة او
 امانة كما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى وفي المسالك وكذا الكفاية حيث قالوا انه لو امكن ان يبيعه تدريجاً
 وجب مقدماً على بيعه جملة وحينئذ لا يمكن انفاق الجزء الاخير في النفقة لصيرورته حينئذ ملكاً لغيره بل
 يحفظ ثمنه للمالك الاول وعلى ذلك نبه في جامع المقاصد والصحيحة عامة لان ما موصولة على ان في الاطلاق
 في حليه البيع والانفاق بلاغا ومثلها اطلاق الشرائع والارشاد فتأمل جيداً ولا يخفى ما في قوله في الكفاية
 قالوا اذ القائل قبله اثنان لا ثالث لهما واحتمل في جامع المقاصد في عبارة الكتاب ان يكون المراد ان الملتقط
 يبيع العبد للانفاق عليه اذا تعذر تحصيل ما ينفق عليه منه قال وحينئذ يجب ان تنزل على بيعه شيئاً فشيئاً
 الى ان يستوعبه الى آخر ما قال (قلت) يدفع هذا الاحتمال قوله استيفائها وقوله بعد هذا فان اعترف
 المولى بعقته الى آخره فان المراد به بيعه بعد الانفاق وهو ينفي هذا الاحتمال كما سيتضح لك (قوله)
 ❁ فان اعترف المولى بعقته فالوجه القبول ❁ كما في الايضاح وجامع المقاصد بل في الاخير ان عليه
 الفتوى ومعناه ان مولاه اعترف بعقته وقد انفق الملتقط عليه واستحق بيعه في النفقة بترائطه (فوجه القبول)
 حينئذ ان اقرار العقلاء على انفسهم جائز ولم يوجد ما ينافي هذا الاقرار والعق مبنى على التغليب فانقطع
 اصل البقاء على الرقية مضافاً الى ان الاصل في اللقيط الحرية فتأمل في الاخير وان استند اليه في الايضاح
 (ووجه العدم) ان حق الغير تعلق به وضعف بان حق الغير لم يتعلق به بل بذمة مولاه واستحقاق بيعه انما هو
 على تقدير رقيته كما تباع سائر اموال المدينون لاستيفاء ما عليه ولا حجر عليه في الاقرار وهذا يقضي بان المراد
 بيعه بعد الانفاق فينتفي الاحتمال السابق آنفاً وفي التحرير لو باعه الحاكم لمصلحة نا اعترف السيد بعقته قبل
 البيع لم يقبل وفي المبسوط انه يقبل لانه غير متهم اذ يقول لا اريد الثمن ولم يرجع في الدروس وعلى

فيرجع الملتقط عليه بما اتفق ان كان المتق بعده قبل البيع ولو كان بالغا او مراهما فالأقرب المنع من اخذه لانه كالفالة الممتعة وان كان صغيرا كان له التملك بعد التعريف وولاية الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل « متن »

المعدين ليس له المطالبة بغيره الا ان ينكر المتق بعد ذلك (قوله) ﴿ فيرجع الملتقط عليه بما اتفق ان كان المتق بعده قبل البيع ﴾ ضمير عليه راجع الى المولى وضمير بعده راجع الى الاتفاق لانه ان كان المتق قبل الاتفاق كان الاتفاق على حر فالرجوع عليه وان كان المتق بعد البيع فلا اثر له بصيرورته ملكا للغير على ان المتق بعد البيع لا يتصور ولا بعد عتقائه انه لم يعلم من العبارة متى يقبل اعترافه ومتى لم يقبل فلو قال ان كان الاعتراف بعد الاتفاق قبل البيع لكان اسد (وتوضيح الحال) كما في جامع المقاصد ان احتمال عدم القبول انما يحكي على تقدير كون الاعتراف بعد الاتفاق ما قبله وقبل قطعه وكذا بشرط كونه قبل البيع اذ هو بعده اقراره في حق الغير فلا يقبل بدون البينة وان اضده الى ما قبل البيع ولو قال بعد الاتفاق كنت اعتقته قبل الاتفاق فالظاهر عدم القبول لاستلزامه اسقاط الثقة التي قد ثبت تعلقها بذمته واثباتها في ذمة اللقيط فلا بد له من البينة او تصديق الملتقط واللقيط (قوله) ﴿ ولو كان بالغا او مراهما فالأقرب المنع من اخذه لانه كالفالة الممتعة ﴾ كما في المبسوط والابحاح واللمعة والروضة لما ذكر من العلة وفي التحرير لو كان اللقيط مملوكا وجب حفظه وايصاله الى مالكة صغيرا كان او كبيرا ذكرنا في الدرر ما في الشرائع من حكمي في التحرير عن الشيخ عدم جواز اخذ البالغ والمراهق ولا ترجيح في الدروس وفي جامع المقاصد ان الحق انه ان كان مخوف التلف اخذ والفرق بينه وبين الحر ظاهر فان المملوك لكونه مالا مظنة الطمع (قلت) لانه لا يخرج بالبلوغ عن المالية والحر انما يحفظ من التلف والقصد من لقطته حضائه وحفظه فيخلص بالصغير ومن ثم قيل ان المميز لا يجوز التقاطه والقصد من التقاط المملوك المخوف التلف ولو بالابق دفع ضرورة المضطر والمعاونة على البر واقل مراتبه الجواز فيبني القطع بجواز اخذه كما في الروضة وقالوا في وجه الجواز مطلقا انه مال ضائع يخشى تلفه فتأمل (قوله) ﴿ وان كان صغيرا كان له التملك بعد التعريف ﴾ كما في المبسوط فيما حكى وجامع المقاصد وفي المسالك والروضة ان في قول الشيخ قوة (قلت) لانه مال ضائع قد التقطه نزعاً وكل ما كان كذلك جاز تملكه بعد تعريفه سنة ولا فرق في ذلك بين الذكر والانثى وصريح الدروس وظاهر البصرة واللمعة المنع من ذلك ولا ترجيح في المسالك والكتابة والمفاتيح وقال في التحرير يجوز اخذ الا بق من وجده فان وجد صاحبه دفعه اليه ولو لم يجد سيده دفعه الى الامام او نائبه بحفظه سيده او يبيعه مع المصلحة وليس للملتقط بيعه ولا يملكه بعد تعريفه لان البعد يحفظ نفسه بنفسه فهو كصوال الابل والدوق والتعليل فاضيان بان ذلك في الكبير بل قضية ذلك جواز تملك الصغير فلا يحج ما في المسالك وفي الروضة والمفاتيح من انه اطلق المنع من تملكه في التحرير محتجاً بان البعد يحفظ نفسه وهو لا يتر في الصغير (قلت) ويحتمل جواز تملكه من غير تعريف كسائر الحيوانات في الفلاة التي في معرض التنف نرى رأي قد يفصل فيه كما في الصامت فان اخذه من فلاة ملكه من دون تعريف والا عرقه وملكه ان شاء (قوله) ﴿ وولاية الالتقاط لكل حر بالغ عاقل مسلم عدل ﴾ كما في التذكرة والارشاد ولم يذكر في التذكرة في ذلك خلافاً منا ولا من العامة لكن قد اقتصر في النافع على اشتراط التكليف والظاهر انه لا خلاف فيه كما في مجمع البرهان وزيد في المبسوط والشرائع والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكتابة اشتراط الحرية وفي الاخير انه بما قطع به الاصحاب وفي مجمع البرهان ان الظاهر الاجماع على انه ليس للعبد الالتقاط وفي جامع المقاصد انه لا ريب انه لا عبرة بالتقاطه فيمنعه الخلاف في ظاهر النافع ويأتي تمام الكلام في

احوال العبد واحكامه عند تفرغ المصنف (واما اشتراط الاسلام) اذا كان اللقيط محكوماً باسلامه فهو خيرة المبسوط وسائر ما تاخر عنه الا ما ستسمعه وفي مجمع البرهان انه يمكن دعوى الاجماع عليه وفي الرياض انه خيرة اكثر اصحابنا بل عامتهم عدى المحقق في كتابيه فانه تردد (قات) والتردد ظاهر لثبته كاشف الرموز حيث لم يرجح وكذا الكفاية وفي تعليق النافع ان الاشتراط قوي وهو قد يلوح منه التأمل وما في كشف الرموز والتنقيح من ان التبيخ في الخلاف لم يشترط الاسلام فخطأً صرف لانه في الخلاف لم يتعرض لذلك ولعل الاشتباه حصل من عدم الفرق بين اللقطة واللقيط ومثله قوله في التنقيح ان الاصحاب اطلقوا جواز الالتقاط من غير تقييد فان اراد النقاط اللقيط فكل من تقدم عليه ممن تعرض له اشتراط الاسلام او تأمل فيه كالشيخ والفاضلين والآبى والفخر والشهد وغيرهم وان اراء: النقاط اللقطة فليس مما نحن فيه ومثله بل اعظم منه ما يفهم منه من انسحاب الخلاف فيما اذا كان اللقيط محكوماً بكفره فانه قال بعد نقل القولين والتحقيق انه ان حكم بالام اللقيط اشترط اسلام الملتقط والا فلا وهو غلط صرف لان الذي صرح به الشيخ والمصنف في التذكرة والتحرير والشهدان والمقدس الاردبيلي والخراساني وغيرهم ان محل الخلاف وموضوع المسئلة ما اذا كان اللقيط محكوماً باسلامه وهو المستفاد من كلمات الباقيين وتعليقاتهم بل في المذهب البارع انه اذا كان محكوماً بكفره فللكافر النقاطه قولاً واحداً وقد نفي عنه الخلاف في كشف الرموز والروضة والمسالك ذكر ذلك في الاخير في بحث اشتراط العدالة ونفي عنه الاشكال في مقام آخر منه ومن الكفاية نعم ذهب المحقق الثاني في تعليق الارشاد الى اشتراط الاسلام وان لم يكن الولد حكم باسلامه وهو نادر مسبوق بالاجماع متأخر عن صاحب التنقيح (حجة المشهور) بعد الاجماع على الظاهر والآية الكريمة النافية للسبيل ان الاصل عدم ثبوت الولاية وعدم ثبوت احكام الالتقاط الا فيما ثبت بالدليل وليس الا الاجماع ولا اجماع هنا بل الظاهر انعقاده على العكس وموافقة الاعتبار لانه يفتنه عن دينه فابقائه في يده اعانة على تكفيره وقد ورد النص بالتعليل الاعتباري في تزويج العارفة المؤمنة بالخالف وهو ان المرأة تاخذ من ادب زوجها وليس للعجزين او المترددين الا ان الاصل الجواز والاصل عدم الاشتراط مع كون المقصود الام من الالتقاط الترية والحضانة وهما يحصلان مع الكفر والاصل الاول معارض بمثله كما عرفت مع انه غير اميل لعدم الدليل عليه من الاطلاقات اذ ليس في الاخبار الا ان اللقيط لا يشتري ولا يباع وهي لا تتناول ما نحن فيه لعدم تبادره منها اذ هي خطابات للمسلمين وفي بلادهم واما الاصل الثاني فهو فرع وجود عمومات واطلاقات ظاهرة تدل على الجواز على الاطلاق وقد عرفت عدم وجود ذلك (وقد يحتاج) للمحقق الثاني بان كل مولود يولد على الفطرة وهو مدفوع بانه لو صح جرى في منع الكافر عن حضائته لولده وهو كما ترى كالاختجاج على رده بقوله تعالى (والذين كفروا بعضهم اولياء بعض) فانه لا صراحة في الآية الشريفة بذلك لان سوقها بقضي ان الكفار يجب ويود بعضهم بعضاً لا انه وليه الشرعي فتأمل وظاهر اطلاق الاكثر كما سمعت وصريح جماعة كالمصنف فيما ياتي وكذا الشهيد الثاني في كتابيه والمولى الاردبيلي عدم اشتراط الرشد فيصح من السفه واستقرب في الدروس اشتراطه وبه جزم في التذكرة قال لانه ليس بمؤمن عليه شرعاً وان كان عدلاً وفي جامع المقاصد انه لا يخلو من قوة وكأنه مال اليه في الايضاح ولا ترجيح في الكفاية (قلت) ينبغي للقاتل باشتراط العدالة وهم جماعة كما سيأتي ان يحزم باشتراط الرشد لان التبذير حرام بالنص والاجماع الا ان تقول انه صغيرة ولا اصرار ولعله اليه نظر في التذكرة لسنه في باب السفه منها اي التذكرة قال الفاسق اذا كان ينفق امواله في المعاصي ويتوصل بها الى الفساد فهو غير رشيد ولا يدفع اليه امواله اجماعاً وان كان فسقه لغير ذلك كالكذب ومنع الزكوة دفع اليه ماله انتهى فتأمل بل الظاهر ان المبذر مصر فتأمل مضافاً الى ان اشارع لم ياتمه على ماله فبالاولي ان يتمه من الائتمان على الطفل وماله ولان الالتقاط ائتمان شرعي والشرع لم ياتمه (وضعف) هذا بان عدم ائتمانه اما هو على المال لا على غيره وعلى تقدير ان يوجد معه مال يمكن الجمع

فلا يصح التقاط العبد فان اذن المولى صح وانتقل الحكم اليه " متن "

بين القاعدتين الشرعيتين ومهما عده استثنان المبذر كفى المثل وتاهله لغيره من مطلق البسرفات ومن جعلها
الاتقاط والحضانة فيؤخذ المال منه خاصة (وفيه) ان صحة التقاطه تستلزم وجود انفائه وهو محقق من
المبذر وجعل التصرف فيه لاحر يستعقب الضرر على الطفل تنوزع امور مضمرة الى عده سواء حل
جواز التقاطه فيرجع فيه الى حكم الاصل وهو عده اجزاء وليس يملكه الا انه حرة وليس بمال وانما يحجب
له ومطلق كونه مولى عليه غير مانع (وكيف كان) فمسئلة لا تخلو من شبهة الاشكال ويأتي تمام الكلام
(هذا) واضلاق الاكثر بقضي عده اشتراط اعدالة وقد سب الى الاكبر في المال والروضة وفي كماله
الرموز ان الفاسق يجوز له اخذه للاحلاف عنده ويترك عده بغير اعدالة بل حرة خلافا لعضد وفي
الشرائع ان عده اشتراط ان يته به في الدروس والخدمة انه اقوى وفي المال ان عده ان يكون له اذن
اقرب وفي الرياض انه اضرب في جامع ان عده عقيق الارشاد والخدمة ان عده ان يكون له اذن
عن الحلي ولم احده في السرائر وفي الامم ان عده ان يكون له مال واعتبرها اقوى وفي المال ان عده ان يكون له
واعبارها حيرة المبسطة ويقتضيان في ياتي الارشاد وشرحه له وهو ان عده ان يكون له اذن
التفتيح فظاهر التردد وقد سب فيه عده لا تراعى ان المبسطة والاحلاف في المال ان عده ان يكون له اذن
الامم) ان ظهر حال اعدالة وقد قبل منه فيه اعدالة في عده من اعدالة المال ان عده ان يكون له اذن
من عده في المسألة لا يفعل غير اسبروح واهب عده له لقطعة الامم والاهم في عده ان يكون له اذن
حال هذا الاصل عند قوله ولا تقاسق وانه مع من عده عقيق المال ولا يملكه الا من عده ان يكون له اذن
وليس هو الا حسن الظاهر (وصحة الاحكام) في المال عديم غير معقن برأه وهو حاكم لا يحكم الا كماله
ولا يؤمن ان يبيع الطفل او يترقه او يبي في غيره وموق في التذكيرة من لقطعة الامم والاهم ان
فان في لقطعة المال تكسبا وانه يحرم رد المال له بعد التعريف لا يمكن اعدالة ان عده ان يكون له اذن
ويمكن الاحتياط بالاستظهار بالتعريف بعد حاكم من يعرف وفي اعدالة النفس حفظ النفس والنفس
وقد يهلكه خفية ويترك حفظه للبلد يدي منه في البلدان العبدية وهذا هو المال الواحد والاكثالك
الاولان (ويمكن) ان يقلل اعدالة منقوض بالخدمة الكفر لقطعة الامم والاهم ان عده ان يكون له اذن
في عده بالاستعداد وبعد الحكمة فيه في عده ان عده من عده ان عده ان يكون له اذن
الجمع بين الحنتين (واحاصل) ان احكام لا تحيى الا ان يقال ان المصلحة لاجمع عده لقطعة العدم لا يبر
ولا دليل غيره الا ان نقول دليله اضلاق لاحبارهم بل في الغالب اندية لاول فتأمل في ذلك (وهو)
ما في جامع المقاصد ان الحيانة في المال امر ارجح الوقوع وفيه انه يمكن جمع الشرائع الا انه له منه كماله
ويأتي الكلام فيمن ظاهر حاله الامانة (قوله) (ولا يصح التقاط العدم) قد سمع في ما في جامع المقاصد
وجمع البرهان والكفاية وفي الخبر ما للملك واللقطة والمملوك لا يثبت من نفسه شبه فتأمل (قوله) (فان
اذن المولى صح وانتقل احكام اليه) كما في الشرائع والتذكيرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمالكات
والروضة وجميع البرهان وكذا النافع والمصلحة وكذا الاجاز كما في التذكيرة وجامع المقاصد والمالكات وفي هذه
الثلاثة والتحرير والروضة انه لا يجوز له الرجوع بعد الاذن وقال في التذكيرة انه لو كان الطفل في موضع
لا ملقط له سوى المبد فانه يجوز له التقاطه لانه تخليص له من الملاك كما لو اراد التخليص من الفرق ولعله
اراد بالجواز الوجوب كما هو صريح الدروس والتحرير ولا اشكال في وجوب اخذه او جوازه كما في المسالك
وانما الكلام في حقوق احكام الالتقاط والدليل المذكور لا يفضي اليه فانه ليس له اهلية الالتقاط
وان كان له اهلية الاستفاد فينبغي ان يتزعم منه وجوباً على الكفاية فلا فرق بين وجود الملتقط وعدمه كما به

ولا المكاتب ولا حكم لالتقاط الصبي ولا المجنون بل ينتزع من ايديهما ولا يصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لمثله ولا الفاسق لان الحضانة استثنان فلا تليق به والا قرب ثبوت الولاية للبذر والبدوي ومنشئ السفر « متن »

عَلَى ذلك في جامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان نعم لو رضي المولى بفعل العبد فهو لقطة من الآن والا فهو منبذ كما عرفت (قوله) ❦ ولا المكاتب ❦ قال في التذكرة لا فرق بين القس والمدبر وام الولد والمكاتب والمحرم بعضه في ذلك لانه ليس لاد هو لاء التبرع بماله ولا منافعه الا باذن السيد ونحوه في عدم الفرق بين المذكورين ما في التحرير والدروس والمسالك والروضة وفي الاخيرين وفاقا لجامع المقاصد انه لا يدفع ذلك مهابة البعض وان وفي زمانه المختص بالحضانة لعدم لزومها مجاز تطرق المانع كل وقت وتامل في ذلك المقدس الاردبيلي ولعله في محله ولا يخفى ما في تعليل التذكرة فان من تحرر بعضه له التبرع بمقدار ما فيه من الحرية نعم ليس له الحضانة لانه يلزم منها التصرف في حق المولى (قوله) ❦ ولا حكم لالتقاط الصبي والمجنون بل ينتزع من يدهما ❦ قد سمعت ما في مجمع البرهان وظاهر اطلاقهم ان حكم اللقيط في يدهما ما كان عليه وبه فتر عبارة اللمعة في الروضة وعبارة الشرائع في المسالك ولعله لاستصحاب الحالة السابقة او للاطلاقات الا ان تشك في انصرافها الى محل الفرض ونقول ان الاستصحاب معارض بمثله فتأمل جيدا وقال في التذكرة لو كان الجنون يعتوره ادوارا احذه الحاكم من عنده كما يلخذه لو التقطه المجنون المطبق او الصبي وهو صريع في انه لم يكن لقيطا بالاحز ولا بعده فاذا اخذه احد لم يكن اقيطا بل الاخذ له الحاكم ويحتمل جوازه للولي اذا لم يتمكن من الحاكم ولم يكن ايضا لقطة ولعله لانه غير منبذ وقد اخذ ذلك في تعريفه الا ان يقال انه المنبذ الذي ليس في يد من يجب عليه حضنته فتأمل (قوله) ❦ ولا يصح التقاط الكافر للمسلم ويصح لمثله ولا الفاسق لان الحضانة استثنان فلا تليق به ❦ هذه المسائل الثلاث قد تقدم الكلام فيها مسبقا وبقي الكلام فيمن ظاهر حاله الامانة ولم يعتبر حاله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد انه لا ينتزع من يده لان ظاهر المسلم العدالة ولم يوجد ما ينافي هذا الظاهر ولان حكمه حكم العدل في لقطة الاموال والولاية في النكاح واكثر الاحكام وكأنه مال اليه في الدروس قال في التذكرة ولكن يوكل الامام من يراقبه من حيث لا يدري ليلا يتاذى فاذا حصلت للحاكم الثقة به صار كعلوم العدالة (قلت) ما ذكره من كون ظاهر المسلم العدالة خلاف ما عليه المشهور وخلاف مذهب المصنف في غير هذا الموضع نعم هو مذهب ابي علي والمفيد والشيخ في جملة من كتبه لان الاصل في الاسلام العدالة والاصل في جميع اقوال المسلم واقفاله الصحة والنسق طار على هذا الاصل وعلته كغلبة المجاز على الحقيقة فلا تعارض بين المسلمين لان ثبوت المظنة لا يجدي مع انتفاء ائنة والقاتل بانه لا بد من حسن الظاهر يقول اعلان تعلوا فلا بد من ظاهر يعضد احدهما وليس هو الا حسن الظاهر مع ادعاء تواتر الاخبار بعدم الاكتفاء بظاهر الاسلام وبالاكتفاء بحسن الظاهر ومما ذكره علم الحال عند من يقول لا بد من الملكة واما قبول قول المحمول الحال في التذكية والطهارة ورق الجارية وغير ذلك فهو من دليل خارجي ثم انه ان اراد وجوب توكيل الامام من يراقبه اشكل تمكنه منه قال في التذكرة واما قبل ذلك لو اراد السفر فانه يمنع منه وينتزع منه لانه لا يؤمن ان يسترقه وهذا يمكن ان يكون بناء على اشتراط العدالة ويحتمل اما لو لم نقل بالاشتراط لوجب القول بها هنا لشدة الحاجة حينئذ كما في جامع المقاصد (قوله) ❦ والا قرب ثبوت الولاية للبذر والبدوي ومنشئ السفر ❦ قد تقدم الكلام في البذر مشبعا (واما البدوي ومنشئ السفر) فالجواز فيها خيرة الشرائع وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر اللمعة للاصل وعدم ما نعية ما قيل انه مانع لكن في الشرائع والمسالك التعبير بريد السفر وقد حكى عن المبسوط انه منع من ثبوتها للبدوي لان التقاطه يؤدي الى ضياع

ويجب على الملتقط الحضانة فان عجز سلمه الى القاضي وهل له ذلك مع التبرم والقدرة نظراً
ينشأ من شروعه في فرض الكفاية فلزمه والا قرب ان له السفر به والاستيطان به في غير بلد
الاتقاط فلا يجب انتزاعه منه حينئذ « متن »

نسبه وضعفه في جامع المقاصد وكذا المسالك بعدم علم ما تعينه وعدم انضباط الاحوال قالوا ربما كان السفر به
سبباً في ظهور نسبه بان كان من مكان بعيد والموجود في المبسوط والتذكرة انه لو التقطه البدوي فان كان
من اهل حلة مقيماً في موضع راتب اقر في يده وان كان ممن ينتقل من موضع الى موضع فقد قيل فيه وجهان
احدهما المنع والثاني انه يقر في يده لان اطراف البادية كمحال البلدة ولا ترجيح ايضاً في التحرير والابضاح
والدروس في البدوي ومنشي السفر نعم قال في الاخير يضعف انتزاعه من مريد السفر اذا كان عدلاً وهذا
شامل لمن ثبتت ولايته عليه ثم اراد ان يسافر به ومنشي السفر فتدبر وقد سمعت ما في الشرائع وقال اي في
الدروس ولو لم يوجد غيرهما لم ينتزع قطعاً وكذا لو كان الموحود كواحد منهما ونحوه ما في التحرير والروضة
والمراد بمنشي السفر من ابتداء به او قرب منه جداً بحيث صار بمنزلة المسافر فاذا التقطه هذا البدوي بالسفر
في البادية فلا بد من نقله حراسة له وله ان يتوجه به الى مقصده ويذهب به اليه مكان الضرورة والحاجة
ولا يجوز انتزاعه من يده عند المصنف ومن عرفت ذلك يفرق بينه وبين ما سياتي من قوله الا قرب ان
له السفر به فان ذلك قد التقطه واقر في يده وتمت له الولاية عليه ثم اراد ان يسافر به ولكن قد لا يفرق
بينه وبين ما قرب منه جداً فلان عبارتي الشرائع والدروس قد تقضيان هذه الفرق اصلاً ثم ان الشيخ
وولد المصنف والكركي اشترطوا في جواز السفر به فيما يأتي ان يكون عدلاً ظاهراً وباطناً ولم يشترطوا هنا
شيثاً وكان ينبغي لم ان يقولوا هنا بجواز الانتزاع من يده اذا لم يكن عدلاً فتأمل وبعض العامة قال فيما نحن
فيه انه لا يذهب به الى مقصده رعاية لامر النسب (قوله) « ويجب على الملتقط الحضانة » بلا خلاف
وقال في الدروس تجب حضانته بالمعروف وهو القيام بتمهده على وجه المصلحة بنفسه او زوجته او غيرهما
والاولى ترك اخراجه من البلد الى القرى ومن القرية الى البادية لضيق المعيشة في تنك بالاضافة الى ما فوقها
ولانه احفظ لنسبه وايسر لداواته (قوله) « فان عجز سلمه الى القاضي » كما في التذكرة وغيرهما
والوجه فيه ظاهر لانه ولي من لا ولي له ولا تكليف بما لا يطاق (قوله) « وهل له ذلك مع التبرم
والقدرة نظراً ينشأ من شروعه في فرض كفاية فلزمه » كما هو خيرة الابضاح وجامع المقاصد لانه قد
ثبت عليه حق اخفض فيستحب ولقواء عز وحل ولا تبطلوا اعمالكم فالشروع في فروض الكفاية بوجوب
اتمامها وتعيينها الا ان تقول ان الشروع لا يغير حكم المشروع فيه وقد فصل العلامة في جهاد التذكرة بين الجهاد
مما يوجب التحايل ونحوه كصلوة اجتناء مما هو كالمصلحة الواحدة بين طلب العلم ونحوه مما لا تحذف فيه
وليس كالمصلحة الواحدة فتأمل (ويحتمل اجواز دفعه للقاضي للاصل ولانه ولي الضائع وهو خيرة التذكرة
والاصل غير اصيل مع ثبوت الولاية ووجوب القيام بمقتضاها والحاكم ولي عام ولا يثبت له لا ولي له
والملتقط ولي خاص ل قول انه قد اخذ تعينت اخضانة عليه فليس من الشروع في الواجب الكفائي فلا
معنى للنظر فتدبر (قوله) « والا قرب ان له السفر به والاستيطان به في غير بلد الاتقاط فلا يجب انتزاعه
منه حينئذ » قال في المبسوط اذا اراد ان يسافر به فان كان اميناً ظاهراً وباطناً فانه يترك في يده ولو كان
اميناً في الظاهر فانه يمنع منه ولا يترك ان يحمله لانه يخاف ان يسترقه وهو خيرة الابضاح وجامع المقاصد
غير انه في الاخير جعل موضع الامين المعدل وفصل بما ذكر وقال انه خيرة المبسوط (قلت) ملاحظة كلام
المبسوط وتفسيره الامين في الباطن بان يكون قد ولد في ذلك البلد ونشأ فيه وعرف باطنه بنفسه بان اراد
بالامين المعدل وقد تقدم لصاحب جامع المقاصد ثبوت الولاية لمنشي السفر بمعنييه والبدوي من دون اشتراط

ونفقته في ماله وهو ما وقف على اللقطاء او وهب منهم او وصي لهم ويقبله القاضي « متن »

عدالة في الاول ولا كون الثاني راتباً فالخط كلاميه وقد تقدم انه قال في الدروس انه يضعف انتزاعه من مريد السفر اذا كان عدلاً وقد يظهر من التذكرة المنع من السفر به مطلقاً لانه اذا سافر ضاع نسبه لان من ضيعه يطلبه حيث ضيعه وضعف في جامع المقاصد انه ربما كان السفر به محصلاً لنسبه (قلت) ولعله يقضي بانه لا يجوز للقطعة في البادية ان يذهب به الى مقصده ووجه ما قر به المصنف هنا انه ولي فيجوز له ما يجوز لغيره من الاولياء وان الاصل عدم الحجر عليه في ذلك وان المنع ربما ادى الى ضرر الطفل وقد قرب فيما تقدم تبينت الولاية لمنشي السفر بمعنييه وظاهر اطلاقهم انه لا فرق في السفر بين سفر النقلة والتجارة والزيارة وبه صرح في التذكرة ومنه يعلم حال الاستيطان به في غير بلد الالتقاط اكن قال هنا في المبسوط قيل فيه وجهان احدهما انه يترك في يده والاخر انه ينتزع ولا يتعرض لامانته وعدمها وقد ذكر هذا قبل ذاك بقائمة فلا يتجه نزله عليه فتأمل وقال في التذكرة لو اراد النقلة الى بلد آخر فان نظرنا الى اعتبار المعيشة بالبلاد متقاربة وان راعينا امر النسب منعناه لان طلبه في موضع نسياعه اظهر فيكون كشف نسبه فيها ارجى فلا يقر في يد المنتقل عنه كما لا يقر في يد المنتقل الى البادية انتهى وقد صرح ايضا في المبسوط انه اذا كان المنتقل له حضرياً واراد ان يسافر به الى البادية انه ينتزع من يده وقد تقدم الكلام فيما اذا التقط البدوي ومنشي السفر وعرفت هناك الفرق بين هذه المسئلة وتلك فليرجع اليها وقد تقضي عبارتا الشرائع والدروس بعده الفرق هذا ولو غلب على ظن المنتقل ان عرض نابذه تضييعه وعدم طلبه فلا يقرى جواز نقله الى اين شاء (قوله) ونفقته في ماله وهو ما وقف على اللقطاء او وهب لهم او وصي لهم ويقبله القاضي لا يجب على المنتقل النفقة على اللقيط اجماعاً كما في التذكرة (قلت) ويعضده الاصل والحصر في صحيحة الحلبي في الفقيه وفي جامع المقاصد نفي عنه الرب وبما يجب الالتقاط لا يوجب النفقة هذا وقال في التذكرة ينقسم مال اللقيط الى ما يستحقه لعموم كونه لقيطاً والى ما يستحقه بخصوصه فالاول مثل الحاصل من الوقوف على اللقطاء او الوصية وقال بعض الشافعية او ما وهب لهم واعترض عليه بان الهبة لا تصح لغير معين وقال اخرون يجوز ان تنزل الجهة العامة منزلة المسجد حتى يكون تملكها بالهبة كما يجوز الوقف حينئذ يقبله القاضي وليس بشي نعم تصح الوصية لم انتهى وقال في جامع المقاصد ما ذكره في التذكرة حق وهو المتمد وما ذكره هنا ان اراد جواز الهبة للجهة فليس بجيد وان اراد المعينين من اللقطاء ومن جماتهم لقيط مخصوص فلا شبهة في الحكم لكن المتبادر غير هذا انتهى (قلت) حزم في الدروس بما في الكتاب من دون تأمل فيه وعبر في التحريم بما وقف عليه اذا وصى له به وقبله الحاكم او وهب له ولقد تتبع كتاب الهبة في عدة من الكتب المطولة فلم اجد لم تصريحاً بصحة الهبة للجهات العامة ولا بعدمها بل قد يلوح من بعض مطاوي كلامهم العدم وفي جامع المقاصد لا مانع من العموم مع قبول الحاكم كالوقف على الجهات العامة (قلت) يتهد له الاصل اي ان الاصل الجواز والاصل عدمه اشتراط التعيين وقد وجد شرط التملك بهما وهو العمومات والاختلافات الظاهرة الدلالة على احوال على الاطلاق من الكتاب والسنة كقولهم عز وجل وآتى المال على حبه وتعاونوا على البر وان المصدقين والمصدقات وكالاخبار الواردة في الصدقة والهبة والهبة وقد قالوا من دون خلاف ان اقسام العطية ثلاثة لانها اما منجزة غير معلقة بالوفاة واما مؤجلة مطلقة بها الثاني الوصية والاول اما ان تكون العطية مطلقة تقتضي الملك المطلق الموجب لاجابة انواع التصرفات فهي الهبة واما ان تكون مقيدة غير مطلقة فهو الوقف وقسموا ايضا العطية الى هبة وهدية وصدقة قالوا ان خلت عن العوض سميت هبة فان انضم اليها حمل الموهوب من مكان الى مكان الموهوب اعظاماً له وتوقيراً سميت هدية فان انضم اليها التقرب الى الله سبحانه وطلب ثوابه فهي صدقة وقال الشيخ الهدية والصدقة والهبة بمعنى واحد

او ما يده عليه عند الالتقاط كالملقوف عليه والمشدود على (في خ ل) ثوبه والموضوع تحته والدابة تحته والخيمة والفسطاط الموجود فيهما والدار التي لا مالك لها وما في هذه الثلاثة من الافشة ولا يحكم له بما يوجد قرياً منه « متن »

ولهذا اذا حلف ان لا يهب فتصدق على مسكين خنت فادام الحق والوصية والصدقة على الجهات صحت الهبات لان الجميع من سنخ واحد وقد تقدم ان العارية تصح على الجهة فقد دلت على ذلك اطلاقات النصوص والفتاوى بل والاجماع فتصحب من ذلك اصل الجواز واصل عدم الاشتراط والحاكم هو القابل القابض لذلك وجميع الصدقات والعطايا التي تأتي من الاطراف للمستغنين والمحاورين في المشاهد المترفة من باب الهبات على الجهات فليلاحظ ذلك جيداً هذا وسيأتي انه لا ينفي عليه من ماله الا بعد استئذان الحاكم وقول المصنف ويقبله القاضي يعود الى كل من الهبة والوصية وكذا الوقف على القول باشتراط القبول في هذا النوع (قوله) او ما في يده عند الالتقاط كالملقوف عليه والمشدود على ثوبه والموضوع تحته (والدابة تحته خ) والخيمة والفسطاط الموجود فيهما والدار التي لا مالك لها وما في هذه الثلاثة من الافشة كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتحرير والمالك ومحوها الارشاد والدروس واللمعة والروضة وجمع البرهان والكفاية وفي المبسوط ان ذلك كله مما لا خلاف فيه مع زيادة جميع ما على الدابة وكل ما كان مشدوداً عليها وقال فيه ايضاً ان الصغير يملك كما يملك الكبير وله بد كما ان الكبير يبدأ وكما كان ملكاً لا كبير جاز ان يكون ملكاً للصغير وكل ما كان يد الصغير عليه صح ملكة كالصغير ورب على ذلك ملكة ما ذكر وقد وافقه على ذلك من تأخر عنه ممن تعرض له من دون خلاف ولا تأمل قالوا لان اليد في كل واحد من هذه حقيقة وهي دالة على الملك وقد يقال بان هذا قد يقضي بان كسوة الاولاد تملك كما اخبرناه في كسوة الزوجة لا امتناع فتأمل فيه (١) وزاد في التذكرة ما غطي به من لحاف وشبهه وما جعل في جيبه من حلي او دراهم او غيرها وما يكون الطفل مجعولاً فيه كالسرير والمهد والدابة المشدودة في وسطه او ثيابه او التي عنانها بيده والدنانير الماثورة فوقه والمصوبة تحته وتحت فراشه ومراد المصنف بقوله ما في يده عند الالتقاط ما كان بيده حين نبذه وضياعه كما هو ظاهر فيشمل ما كان بيده قبل الالتقاط ثم زالت عنه لعارض كطائر افلت من يده ومتاع غصب منه او سقط فلمله لا يرد عليه ما في جامع المقاصد من ان قوله عقد الالتقاط مستدرك بل مفسر والموجود بالجر صفة الخيمة والفسطاط يعني الذي وحد الاقيط فيهما ولا ريب ان اليد في كل شيء بحسب ذلك الشيء ولا ريب ان الكون تحتهما وضع ليد عليهما لانهما بيتان واما قوله لا مالك لها فقد احتمل في جامع المقاصد ان يكون صفة للجميع لان ما علم ان له مالكا غيره لا عبرة بيده عليه (قلت) فيكون من باب بيان الواضحات واحتمل ان يكون صفة للخيمة والفسطاط والدار خاصة وهو مت الاول او قريب منه (قلت) يحتمل ان يكون صفة للدار خاصة كما في المبسوط والشرائع لانها يستبعد الفرض فيها ولانه فصلها عن الخيمة والفسطاط قال في المبسوط فان وجد في بركة في حجة او فسطاط فان الخيمة والفسطاط وما فيها يكون له ويده عليه ولو جاز ان يكون دار لا مالك لها ووجد في تلك الدار فانها تكون له كالخيمة انتهى وهو نص فيما ذكرنا ومحو الشرائع ووجه كون ما في الثلاثة له انه اذا كانت يده على البيت بيده على ما فيه فيكون له (قوله) ولا يحكم له بما يوجد قرياً منه كما في التذكرة والدروس وجمع البرهان وكذا الارشاد والروضة وقيد في الدروس بما لا يبدله عليه ولا هو يحكم بيده وستعرف بيانه مما يحكيه عن المبسوط وقال في الشرائع فيما يوجد بين يديه والى جانبه تردد شبهه انه لا يقضي له وفي التحرير في القريب مثل ما يوجد (١) لانه يمكن ان يقال ان ذلك مما علم ان له مالكا غيره ولا عبرة باليد حيث و يمتنع ان يكون مما علم انه كان له مالكا فتدبر اليد « منه قدس سره »

او بين يديه او على دكة هو عليها ولا بالكز تحته وان كان معه رقعة انه له على اشكال فان لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان « متن »

بين يديه او الى جانبه نظر ونحوه ما في الكفاية وقال في المبسوط واما ما كان قريباً منه مثل ان يكون بين يديه صرة او رزمة فهل يحكم بان يده عليه ام لا قيل فيه وجهان (احدهما) لا تكون يده عليه لان اليد يدان يد مشاهدة ويد حكيمية وهي ما يكون في بيته ويتصرف فيه وهذا ليس باحدهما (والوجه الثاني) تكون يده عليه لان المادة جرت بان ما بين يديه يكون له مثل الثبيلة (١) بين يدي الصراف والميزان وغيرها وهذا اقوى انتهى (قلت) وكالحال اذا قعد للاستراحة وترك حمله قريباً منه وكالاتعة الموضوعة في السوق بقرب الشخص فانه تجمل له خصوصاً مع انهماج قرينة اليه كما لو وجد معه او في ثيابه رقعة ان ذلك له فان العمل بها قوي كما في الدروس وكذا المسالك اذا افادت الظن الغالب كما لو كانت بخط مسكون اليه وبما ذكر يعرف الوجه في ترجيح احد الوجهين والتردد ولا يحكم له بما كان بعيداً عنه بلا خلاف كما في المبسوط وكل ما يحكم بانه ليس له فهو كالقطة (قوله) ❁ او ما بين يديه ❁ كانه لا حاجة اليه (قوله) ❁ او على دكة ❁ هو عليها ❁ قال في الشرائع عدم القضاء له هنا اوضح وقال في المبسوط وفي الناس من قال لو كان المنبوذ مطروحاً على دكة فما يكون على الدكة تكون يده عليه ولم يتعقبه بشي فاحكامه عنه في الكفاية من انه حكم له به مطلقاً لم يصادف محله (قوله) ❁ ولا بالكز تحته ❁ بلا خلاف فيه كما في المبسوط وفي جامع المقاصد انه لا بد لمن جلس على ارض مباحة مدفون فيها كنز بالنسبة الى الكنز قطعاً وهو يجري مجرى الاجماع اما لو كان الكنز في بيت مملوك له باعتبار كون يده عليه فان يده عليه فيكون مملوكاً له (قوله) ❁ وان كان معه رقعة انه له على اشكال ❁ كما في التحرير ايضاً وقرب في التذكرة حينئذ انه له لانه في الامارة والدلالة على تخصيص اللقيط اقوى من الموضوع تحته وقد حكي ذلك عن المبسوط في المسالك ولم اجده فيما عندنا من نسخه وقد سمعت ما في الدروس انفاً وقرب في الايضاح العدم لان الرقعة ليست بيد وفي جامع المقاصد ان الاصح انه ان اثمرت الكتابة ظناً قوياً كالحك الذي تشهد القران بصحته خصوصاً ان عرف فيه خط من يوثق به عمل بها فانما فحوز العمل في الامور الدينية بخط الفقيه اذا امن من تزويره وانما بشر الظن القوي هذا اذا لم يكن له معارض من بد اخرى ولا دعوى مدع ولا قرينة اخرى تشهد بخلاف ذلك والا فلا ونحوه ما في المسالك كما تقدم واختاره في جمع البرهان ونفى عنه البعد في الكفاية وقد جعل الاشكال في جامع المقاصد راجعاً الى جميع ما تقدم كما هو الظاهر لعدم الفارق قال اي لا يحكم له بشي من المذكورات وان كان معه رقعة مكتوب فيها ان ذلك الشيء له على اشكال ينشأ من انتفاء اليد وامكان تزوير الخط وانتفاء حجته ومن انه امانة انتهى لكن اشكال التحرير ومقرب التذكرة انما ذكر في الكنز تحته وزاد في التحرير ما كان بعيداً عنه في غير ملكه ولا يشترط في ذلك ايضاً كون الرقعة معه بل لو كانت في المتاع او كان مكتوباً عليه لا يفاوت الحال على الاقوال ولذلك قال في التذكرة ولو وجد معه او في ثيابه وقال في الدروس كالكتابة عليه اي المتاع وقال في جامع المقاصد ان عبارة الكتاب قاصرة (وفيه) انه ليس معنى معه انه متصل به فانه اذا كان عنده او في متاعه يقال انه معه (قوله) ❁ فان لم يكن له مال استعان الملتقط بالسلطان ❁ كما في المقنعة والنهاية والمراسم والوسيلة والسرائر والشرائع والنافع والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا الغنية وهو المحكي عن ابي علي والقاضي وهو على الظاهر معنى قوله في المبسوط والتذكرة والتحرير انفق عليه السلطان من بيت المال وفي الاول انه لا خلاف فيه ولعله لا يفسر

(١) كذا في نسختين ولم نثر على منها في كتب اللغة وفي نسخة من المبسوط مثل البيعة بين يدي الصراف ولم نثر في كتب اللغة على منها ايضاً فلترامح (مصححه)

فان تعذر استعان بالمسلمين ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية « من »

في بيت المال فيجوز من الزكوة مطلقاً او من سهم الفقراء او المساكين او سهم سبيل الله سبحانه وتعالى بل قد يقال لا يجوز الاتفاق عليه من بيت المال لانه معد لما لا وجه له سواء واللقيط يجوز ان يكون رقيقاً فنفقته لى سيده او حراً له بل او قريب فيستقرض له الامام من بيت المال او احاد الناس فان ظهر انه حر لا مال له ولا قريب قضي من سهم الفقراء او المساكين او العارمين وهذا اي رفع امره الى السلطان انما هو اذا لم يتبرع هو اي الملقط ولم يجد من يتبرع فيكون واجبا كما هو صريح بعضهم وظاهر الاكثر وما في النفقة والزكاة من انه ينبغي له ان يرفع خبره الى السلطان مراد به الوجوب والا جاز له الاقتصار على الاتفاق من ذلك المتبرع (قوله) ﴿ فان تعذر استعان بالمسلمين ﴾ كما في النفقة والنهاية والمراسم والوسيلة والسرائر والشرائع والنافع والتحرير والارتداد والدروس واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد والروضة وجمع البرهان وكذلك الفتنه والمسالك والكفاية وهو المحكي عن ابي علي والقاضي وفي الاخير فان تعذر وجود من ينفق عليه من الزكوة جاز والا استعان بالمسلمين ولا يخفى ان الاستعانة بهم واجبة ايضاً اذا لم يتبرع ولم يجد من يتبرع وتعذر الاستعانة بالسلطان اما لعدم الوصول اليه او لكونه لا مال عنده او لان ما عنده يجب صرفه فيما هو ام (قوله) ﴿ ويجب عليهم بذل النفقة على الكفاية ﴾ هذا هو المهور كما في المسالك وعليه الفتوى كما في التنقيح والمسالك ايضاً وهو منهم كما في المسالك ايضاً والكفاية وانما جاز له الاستعانة بهم مع كونه كاحد لم يرجأ ان يوجد فيهم مترع اذ لا يجب عليه التبرع فان اتفق المتبرع والا كان الملقط وغيره سواء في الوجوب لانه من باب اعانة المضطر الواجبة كفاية في جميع الابواب وتزداد في التراج في وجوبه كفاية ونحوه ما في المبسوط حيث قال قيل فيه قولان احدهما على سائر الناس والثاني انه يستقرض عليه وفي الدروس ان توقف المحقق ضعيف (قلت) ان كان توقفه في اصل الوجوب على الكفاية لانه ممن يذهب الى استحباب الالتقاط فالضعيف في محله وهو الذي فهمه الفاضل الممداد وغيره وان كان التوقف في تعيين التبرع كما فهمه صاحب المسالك فالوقوف في محله بل الواجب في هذا الحكم بالوجوب لان الواجب دفع حاجة المحتاج بالقرض له او التبرع عليه فكان شبهه البذل المضطر فانه بالموصل عندهم لاحتمال ان يكون هذا مال او ذا قريب او رقيقاً كما مر بيانه وهذا ظاهر الجماعة كما سيتضح حاله وصرح في التذكرة وجامع المقاصد وهو الموافق للقواعد فما فهمه من التراجع في المسالك وشهرته المدة حصاً في حلاً واحاصل ان كلامه غير منقح فليحفظ بعين التحقيق وقال في الدروس الملقط اذا احتاج الى الاستعانة بالمسلمين رفع امره الى الحاكم ليعين من يراه اذ التوزيع غير ممكن والقرعة انما تكون في المنحدر وقال في التذكرة ولو احتاج الامام الى التيسير على الاغنياء قسط مع امكان الاستيعاب وكان قد سبر ما في الدروس ودل في التذكرة ولو كثرت وتعذر التوزيع ضربها على ما يراه بحسب اجتهاده والمراد اغنياء تلك البلدة ولو احتاج الى الاستعانة بغيرهم استعان انتهى وقال في الدروس ولا رجوع لمن يعين عليه الاتفاق لانه يؤدي فرضاً وربما احتمل ذلك جمعا بين صلاحه في الحال وحفظ مال الغير وقد اوصى اليه في المبسوط ويتجه على قول المحقق بالاستعباب الرجوع وبوجه ان ملزم الغير في المخصصة يرجع عليه اذا ايسر ولو قلنا بالرجوع فمحله بيت المال او مال المحقق عليه ايها سبق اخذ منه انتهى وهو محتاج الى الدليل في بعض ذلك فليتأمل (هذا) وقد عرفت انه لا يجب عليه اي الملقط ولا على المسلمين التبرع ولما كان يرجى وجود متبرع او متصدق منهم ولم يجوز له الاتفاق على قصد الرجوع قبل اليأس من المتبرع صح الترتيب وهو الوجوب على المسلمين اولا وهو منهم فان

فان تعذر انفق الملتقط فان نوى الرجوع رجع والا فلا ولو ترك الاستعانة مع امكانها فلا رجوع ولو ظهر رقه رجع مع عدم التبرع على سيده « متن »

تعذرت اعانتهم تبرعا انفق الملتقط ورجع اذا نوى كما اشار اليه المصنف بقوله فان تعذر انفق (قوله) ❁ فان تعذر انفق الملتقط فان نوى الرجوع رجع والا فلا ❁ كما في المنفعة والنهاية والمراسم والوسيلة والغنية والشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمساكن والروضة وجمع الرهان وكذا المنة والتفقيح وهذه كلها قد وافقت الكتاب في الترتيب والتفريع وظاهرها انه اذا تعذر المسلمون اما لعدم امكان اوصول اليهم او لكون من حضر منهم لا مال عنده انفق هو لكن قال في جامع المقاصد ينبغي ان يراد فان تعذر اعانة المسلمين تبرعا انفق الملتقط ورجع اذا نوى الرجوع الى اخره لانهم اذا بذلوا النفقة قرضا لم يكن بينهم وبين الملتقط فرق بالنسبة الى مصلحة اللقيط فلا وجه لتوقف انفاقه قرضا ونظره الى ما عرفته انفا من ان الاستعانة اما في لجاء وجود المتبرع فيهم وينبغي اخذ ذلك في كلام الجميع وهذا يقضي بانهم قائلون بانه لا يجب التبرع كفاية وانما يجب عليهم رفع الحاجة ولو قرضا كما تقدم فشهرة المسالك لم تصادف محزنها واستشكل في الكفاية في رجوعه اذا نوى الرجوع ولم يتعرض له في المبسوط وما حكى عنه من انه لا ترجيح فيه لم يجده وحكى الخلاف جماعة عن ابن ادریس قالوا انه قال انه لا يرجع منع نية الرجوع وان اشهد لتبرعه ولم اجده في السرائر تعرض له الا في الضالة واحلهم فهموا منه عدم الفرق كما يعطيه اول كلامه ويدل على ما عليه الاصحاب بهد الاجماع المحصل والمثول في المختلف قول الصادق عليه السلام في صحيحة عبد الرحمن العزمي النبوذ حر فاذا كبر فان شاء تولى (يوالي خ ل) الذي التقطه والا فليرد عليه النفقة وليذهب فليتوالى من شاء ولعل الشرط مبني على الغالب وقوله عليه السلام في خبر قاسم ابن اسمعيل وان طلب منه الذي رباها النفقة وكان موسرا رد عليه وان كان معسرا كان ما انفق عليه صدقه وفي صحيحة ابن محبوب ولكن استخدمها بما انفقته عليها وقال في المختلف في رد ابن ادریس لولا ذلك لزم الاضرار بالملتقط واللقيط وهو منفي بالاجماع وبالحذر لانه اما ان تجب النفقة على الملتقط اولاً (والاول) باطل لانه ضرر عليه وهو خرق للاجماع ايضا اذ لم يوجب احد محانا (والثاني) باطل ايضا لانه ضرر على الصبي اذ الملتقط ترك ما ليس بواجب فيؤدبه الى تلف الصبي وهو باطل بالاجماع وقوى جماعة عدم اشتراط الاشارة في جواز الرجوع وقرب الاشتراط في موضع من التذكرة ولم يذكره في موضع اخر مثله وتردد في التحرير واول من اعتبره ابن ادریس في اول كلامه وما حكاه عنه في التفقيح غير صحيح وكذا الحال فيما اذا انفق غير الملتقط مع نية الرجوع فان له ذلك كما في التحرير والمساكن بل يفهم ذلك مما تقدم (قوله) ❁ ولو ترك الاستعانة مع امكانها فلا رجوع ❁ كما في المنفعة والنهاية والشرائع والتحرير والارشاد وغيرها وذلك اذا كانت الاعانة تبرعا فلو قطع بانتفاء التبرع فلا مانع من الرجوع (قوله) ❁ ولو ظهر رقه رجع مع عدم التبرع على سيده ❁ كما نبه عليه في التذكرة عن الكلام على استقرار الامام وفي جامع المقاصد ان ظاهر العبارة ان التفصيل السابق ان هنا وهو مقتضى اطلاق كلامهم ويحتمل الحاق المملوك الملتقط بالوديعة فقي لم يجد مالا للمالك وتعذر استيذان المالك والحاكم انفق ونوى الرجوع ولا حاجة الى الاستعانة بالمسلمين انتهى (قلت) ان اراد كلامهم السابق فهو صريح في الحر حيث قال جماعة كما عرفت ينفق عليه من ماله فان لم يكن له استعانة بالسلطان الخ وهذا صريح في انه حر لان العبد لا مال له على المعروف بينهم ثم انهم في اول كلامهم قرروا ان الاصل في اللقيط الحرية قال الشيخان وغيرهما اذا وجد مسلم لقيطاً فهو حر غير مملوك وينبغي له ان يرفع خبره الى السلطان لينفق عليه من بيت المال فان لم يجد استعانة بالمسلمين الى اخره وان اراد كلامهم في خصوص الفرع فلم يجد

وعليه مع الحرية ان كان مؤمراً او كسوباً والا فله سهم الفقراء او الغارمين وليس للملقط
 الاتفاق من مال اللقيط بدون اذن الحاكم فان بادر بدونه ضمن الا مع التعذر ولا يفتقر في
 احتفاظه الى الاذن ولو اختلفا في قدر الاتفاق قدم قول الملقط مع يمينه في قدر المعروف «من»
 من تعرض له سوى المصنف هنا وفي التذكرة في مقام اخر كما عرفت انفاً (قوله) **﴿﴾** وعليه مع الحرية ان
 كان مؤمراً او كسوباً **﴿﴾** كما نبه عليه في التذكرة ايضاً وهذا اذا اكتسب وفضل من كسبه عن مؤنته
 المستثناة في الدين شي لان الاكتساب للدين غير واجب كما سبق وكما نبه عليه في جامع المقاصد (قوله)
﴿﴾ والا فله سهم الفقراء او الغارمين **﴿﴾** كما نبه عليه ايضاً في التذكرة وقال في جامع المقاصد اي يرجع
 عليه ان لم يكن مؤمراً ولا كسوباً من سهم الفقراء او الغارمين بخيرا في الامر ينسحب كل من الوصفين فيه وبشكل
 بان الرجوع عليه يفهم منه تبوت ذلك جزماً ولا يستقيم ذلك في سهم الفقراء لان قبض الفقير الزكوة مما
 يتوقف عليه الملك وهو نوع اكتساب فلا يجب ويبعد جواز اخذ المتفق ذلك بدون قبض اللقيط لتوقف
 ملكه له على قبضه نعم يتصور ذلك في سهم الغارمين لان صيرورته ملكاً للمديون غير شرط فيجوز الدفع الى
 صاحب الدين وان لم يقبضه المديون ولو حملت العبارة على ان المراد كون الرجوع باختيار اللقيط فمع انه
 خلاف المتبادر لم يستقم ذلك بالنسبة الى سهم الغارمين انتهى (قلت) يقبض الحاكم او يأذن للمتنتقب بقبضه
 وهذا بعد بلوغه اما قبله فلا يمكن الرجوع عليه نعم يمكن الاخذ من ماله باذن الحاكم او من سهم الغارمين
 (قوله) **﴿﴾** وليس للملقط الاتفاق من مال اللقيط بدون اذن الحاكم فان بادر بدونه ضمن الا مع التعذر **﴿﴾**
 هذا هو المعروف من مذهبهم كما في الكفاية وبه صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد
 والمسالك والدروس واللمعة والروضة غير ان في الثلاثة الاخيرة لم يذكر فيها انه يضمن ان اتفق بدون اذنه
 وانه لا ضمان مع تعذر الحاكم لكن ذلك قضية كلامهما وهذا الاخير لم يذكر ايضاً في المبسوط قالوا لانه لا
 ولاية له على ماله وانما له حق الخضاعة فاذا اتفق كان كمن اتفق مال الغير بغير حق كرجل عنده ودبة فابقي
 عبد المودع فاتفق الودبة على الابق فانه يكون حائناً كذا في المبسوط وغيره ومثله في التذكرة بمن عنده ودبة
 للقيم فاتفقها عليه وقد يقال ان له ذلك للاصل ولولا بته عليه في الحملة ولانه من باب الامر بالمعروف فيستوي
 فيه الحاكم وغيره كراقة الحمر وفي صحيحة محمد بن اسماعيل بن زييد ما يدل على جواز بيع مال الطفل
 عند عدم الوصي من دون قيد تمذر الحاكم اذا كان المتصرف ثقة مثله رواية سماعة وصحيحة ابن رثاب
 ونماء الكلام قد تقدم في باب الحجر ولا ريب ان غير الملقط كالملقط في احتياجه الى الاذن (قوله)
﴿﴾ ولا يفتقر في احتفاظه الى الاذن **﴿﴾** قد عرفت انه صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والمسالك
 وجمع البرهان انه لا ولاية له على ماله فيه فقرر في احتفاظه الى الاذن كما قرره في موضع من التذكرة قال
 الاقرب عندي ان الملقط لا يستولي على حفظه بل يحتاج الى اذن الحاكم لان اثبات البذل المال انما يكون
 بولاية اما عامة او خاصة ولا ولاية للملقط ولهذا اوجبنا الرجوع الى الحاكم في الاتفاق وقد يؤل كاهم
 المبسوط وما وافقه بان المنى ولاية التصرف لا ولاية الحفظ لانه مستقل بحفظ نفسه فماله اولى فكان اولى
 من الحاكم (قوله) **﴿﴾** ولو اختلفا في قدر الاتفاق قدم قول الملقط مع يمينه في قدر المعروف **﴿﴾** كما في
 المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس وجامع المقاصد لانه امين والظاهر يساعده لانه يحتاج الى التفقة
 بالمعروف ولا بد له منها ومع ذلك قوله ليس بخارج عن العرف فكان كالوصي في قبول قوله في الاتفاق على
 الصبي ونحوه وليس المقام بما قدم فيه الظاهر بمجرد عي على الاصل بل مع الامانة والمراد بالاصل اصل لعدم
 فيما زاد عن قدر الضرورة فكان القاطع له الدليل لا انهم قدموا الظاهر عليه ولم يلتفتوا اليه كما قد تعطيه
 عبارة جامع المقاصد نعم لا يسمع قوله فيما زاد على قدر المعروف لانه يكون حائناً مفرطاً ولا يخلف الا ان

وكذا في اصل الأنفاق وان كان للملغوط مال (المطلب الثاني في الأحكام) وهي اربعة: الأول) النسب فان استلحقه الملغوط او غيره الحق به ولا يلتفت الى انكاره بعد بلوغه وان استلحق بالنساء فانكر لم يثبت (الثاني) الاسلام وانما يحصل بالاعتماد على الباطن انما قل دون الصبي وان كان مميزاً « متن »

يدعى الحاجة وينكرها اللقيط والمراد بقدر المعروف ما كان على وجه يقتضيه عرف ذلك البلد في مثل ذلك الولد ولا فرق في ذلك بين كونه من مال الملغوط او من مال اللقيط في صورة الرجوع او فيما اذا كان قرضاً كما ستعرف (قوله) ❁ وكذا في اصل الأنفاق وان كان للملغوط مال ❁ اللقيط اما ان يقول للملغوط انك لم تنفق عليّ اصلاً لا من مالي ولا من مالك وانما المتفق عليّ غيرك تبرعاً متلاً او انك لم تنفق عليّ من مالك وانما النفقة كانت من مالي والملغوط اما ان يدعي انه انفق عليه من ماله اي اللقيط او من مال نفسه والشيخ في المبسوط والحقق في الشرائع انما تعرضا للاول وهو ما اذا ادعى عليه الأنفاق من ماله اي اللقيط وقالوا القول قول الملغوط مع يمينه لانه امينه وعبارة الكتاب والارشاد ظاهران في الثاني وهو ما اذا ادعى عليه انه انفق عليه من مال نفسه اي الملغوط لان المتبادر منهما انه يقدم قوله فيما اذا ادعى انه انفق عليه من مال نفسه سواء كان للقيط مال او لم يكن وهو الذي فهمه من عبارة الكتاب في جامع المقاصد فلا يكون تعرض فيها لما في المبسوط ومن عاداتهم تحريم كلامه او الزيادة عليه فينبغي ان يكون المراد من العبارة انه ان ادعى انه انفق عليه من ماله اي اللقيط قدم قوله او ادعى انه انفق عليه من مال نفسه قدم قوله ون كان له مال فتكون واو الوصل متعلقة باحد الشقين المفهومين من العبارة دون الاخر وفي مجمع البرهان فسر عبارة الارشاد وهي يصدق في دعوى الأنفاق بالمعروف وان كان له مال بالامرين معاً وقدم الشق الاول قال اي يصدق الملغوط في دعوى أنفاق مال اللقيط الخ وهذا يؤيد ما ذكرناه وعبارة الدروس قابلة للامرين قالوا ننازعا بعد بلوغه في الأنفاق حلف الملغوط في اصله وقدر المعروف (وكيف كان) فالوجه في تقديم قول الملغوط في انه انفق عليه من مال نفسه بالمعروف حيث يكون تعذر عليه الحاكم والاستمانة بالمسلمين ولا مال له ظاهر اذ الاصل عدم متفق غير الملغوط واصل عدم الأنفاق لا يوجب به مع العلم به واما مع وجود مال للقيط فلانه لا يسوغ له التصرف في ماله الا باذن الحاكم والمفروض تعذره والموجود لم يتصور الأنفاق منه والاصل عدم غيره واما مع عدم تعذر الحاكم كان يكون قد اذن له او تمكن منه ولم يستأذنه فلا تسمع دعوى الأنفاق من مال نفسه كما تقدم وذلك كله مع كونه بقدر المعروف

❁ المطلب الثاني في الأحكام ❁

❁ (قوله) وهي اربعة الاول النسب فان استلحقه الملغوط او غيره الحق به ولا يلتفت الى انكاره بعد بلوغه وان استلحق بالنساء فانكر لم يثبت ❁ قد تقدم الكلام في ذلك عند قوله ولو انفردت الي اخره وكأن قوله وان استلحق الى اخره مستطرد او يكون المراد استلحاق اللقيط بعد بلوغه (قوله) ❁ الثاني الاسلام وانما يحصل بالاعتماد على الباطن انما قل دون الصبي وان كان مميزاً ❁ هذا قواء في المبسوط والمختلف وجزم به في التذكرة والتحريم وجامع المقاصد والمسالك وغيرها ومعنى الاستقلال ان يظهر الشهادتين بالعبارة ان لم يكن اخرس وبالاشارة المفهمة ان كان اخرس وانما لم يعتبروا اقرار المميز لكونه غير مكلف فلا يكون اقراره بالشهادتين معتدا به كالمجنون وقال الشيخ في الخلاف المرافق اذا اسلم حكم باسلامه فان ارتد بعد ذلك حكم بارتداده فان لم يثبت قتل وفي الدروس انه قريب قال في الخلاف دليلنا ما رواه اصحابنا ان الصبي اذا بلغ

لكن يفرق بينه وبين ابويه خوف الاستزلال وغير المميز والمجنون لا يتصور اسلامهما الا بالتبعية وهي تحصل بامور ثلاثة « متن »

عشر اقيمت عليه الحدود الثامة واقتصر منه ونفذ وصيته وعثقه وذلك عام في جميع الحدود وايضاً قوله عليه السلام كل مولود يولد على الفطرة حتى يكون ابواه هما اللذان يهودانه وينصرانه ويمجسانه حتى يعرب عنه بلسانه فاما شاكرًا واما كفورًا وهذا عام الا ما اخرجه الدليل واستدل اصحاب ابي حنيفة باسلام علي عليه السلام وكان غير بالغ وحكم باسلامه بلا خلاف (قلت) الاستدلال بالروايتين الاولتين غير مقبض لعدم صحتهما واعراض الاصحاب عنهما كما بيناه في باب القصاص وغيره مع عدم ظهور الدلالة وامير المؤمنين عليه السلام رب العالمين لا تقاس بالناس لانه واولاده عليهم السلام ليسوا من قبيل سائر الناس والحجة جعلني الله فداه حجة وهو ابن خمس سنين وعيسى عليه السلام كان نبيًا في المهد ويحيى عليه السلام نبي قبل البلوغ والاختبار الدالة التي رفع القلم عن الصبي حتى يحتلم دالة على خلاف ما في الخلاف مضافًا الى الاصل بمعاينه الثلاثة وفي مجمع البرهان ان الحكم باسلام غير المراهق غير بعيد اعموم من قال لا اله الا الله محمد رسول الله (ص ع) فهو مسلم وقاتلوه حتى يقولوا لا اله الا الله وامثاله كثيرة وانهم اذا قدروا على الاستدلال وفهموا ادلة وجود الواجب والتوحيد وما يتوقف عليه وجوب المعرفة والنظر يمكن ان يجب عليهم ذلك لان دليل وجوب المعرفة عقلي ولا استثناء في الادلة العقلية فلا يبعد تكليفهم بل يمكن ان يجب ذلك فاذا وجب وجب ان يصح منهم بل يلزم من الحكم بالصحة وجوبه ايضاً وحكي فيه عن بعض العلماء بانه صرح بان الواجبات الاصولية العقلية تجب على الصغير قبل بلوغه دون الفرعية والظاهر ان ضابطه القدرة على الفهم والاستدلال على وجه يقنع (قلت) لا ريب ان الصبي قبل البلوغ ضعيف العقل ناقص البصيرة قد غلبت على عقله الصبوة وغمرته الشهوة وما يترأى من قدرة بعض الصبيان فهو سريع الزوال ولهذا بفعل الافعال الغير المستقيمة المخالفة لافعال الرجال كاللعب الذي يستقبحه اذا بلغ ولهذا لم يحكموا برده لانه قد يعرض له لصبوته وضعف بصيرته شك ولم يكلفوه بالفروع مع انها اهون من الاصول فكان في الواقع غير قادر على الاستدلال والاختبار كشفت عن ذلك ولا استثناء في الدليل العقلي واذا كان الامر كما قلت فهلا جزمتم به انت وجزم به الشهيد مع انه ما زاد على قوله قريب (الا ان تقول) ان الدليل الذي يصيرون به مسلمين ويحصل لهم به كمال الاطمئنان في غاية السهولة فان قابليتهم لمعرفة الكمالات والاعمال الدقيقة في غابة الظهور وعند السعي والجهد في تحصيلها يحصلونها ويصيرون ماهرة فيها واستوضح ذلك في تطريز البنت ونحوه (ويحاجب) عن عدم حكمهم بارتداده بانه من احكام الفروع على انه في الخلاف حاكم به فتأمل (نعم) هناك اشكال متترك الاكراه في الاصول والفروع وهو ان الاثنى انقص عقلاً واوهن نفساً واضعف رأياً فكيف فرق الشارع بينهما فاوجب عليها المبادرة الى تحصيل المعرفة بالاصول والفروع في اول تمام تسع سنين (وقد اقبل في الجواب انهن لنقصان عقولهن لو علمن بعدم التكليف كان ادعى لمن الى المعاصي واما المذكور فلما كانوا اكثر تكليفاً وانتقل حملهم اتقاهم واتقاهن صح في الحكمة ان يكون لهم فسحة ليتجذروا ويقرئوا وهو كما ترى (وقد يقال) ان عقل البالغة تسعاً تام وافر كعقل المرثة البالغة عشرين ولا كذلك البالغ اربع عشرة بالنسبة الى عقل البالغ خمس عشرة (قوله) لكن يفرق بينه وبين ابويه خوف الاستزلال ❖ يريد ان الصبي المميز وغيره لا يحكم باسلامه بالاستقلال بل بالتبعية لكن يفرق بينهما بان المميز يفرق بينه وبين ابويه وجوباً اذا اظهر الشهادتين وقد قرّبه في التذكرة وجزم به في التقرير وجامع المقاصد بخلاف من لا تميز له فانه بمنزلة سائر الحيوانات (قوله) وغير المميز والمجنون لا يتصور اسلامهما الا بالتبعية ❖ لانه لا يصح اسلامهما مباشرة اجمالاً كما في التذكرة ولا حكم باسلام الصبي بلا خلاف كما في المبسوط (قوله) ❖ وهي تحصل بامور ثلاثة ❖

(الأول) اسلام احد الابوين فكل من انفصل من مسلم او مسلمة فهو مسلم « متن »

عندنا كما في التذكرة (قوله) ﴿ الاول اسلام احد الابوين وكل من انفصل من مسلم او مسلمة فهو مسلم ﴾ اسلام الاب يكون بشيئين (احدهما) ان يكون مسلماً في الاصل فيتزوج بكتيبة متعة او دواماً قوله هذا مسلم بلا خلاف كما في المبسوط اي بين المسلمين وقطعا كما في جامع المقاصد (والثاني) ان يكونا مشركين فيسلم الاب قال في المبسوط فاذا اسلم الاب حينئذ فان كان حملا او ولداً منفصلاً فانه يتبع الاب بلا خلاف ومراده بين المسلمين ايضاً وهذا يقتضي باسلامه فيما اذا اسلم حال علوقه او قبله بالاولوية واسلام الام لا يكون الا بشي واحد وهو ما اذا كانا مشركين فاسلمت هي فانه يحكم باسلام الحمل والولد وقد استدلل عليه في الخلاف والمبسوط باجماع الفرقة وقوله والذين آمنوا الآية والاجماع ظاهر التذكرة حيث قال لا فرق عندنا بين ان يسلم الاب او الام ونحوه موضع آخر منها حيث قال لا شك في ان الولد يحكم باسلامه اذا كان ابواه او احدهما مسلماً بالاصالة او تجدد اسلامه حال الولادة ونقل الخلاف في الولد اذا انفصل عن مالك قال لا يكون الصغير مسلماً باسلام الام بل باسلام الاب ووافق في الحمل ونقل الخلاف عن الشافعية في احد وجهيهما في الحكم باسلام الولد الذي تجددت كونه قبل اسلام احداً به ثم اسلم احد ابويه قبل بلوغه فلما بلغ اعرب بالكفر فانهم قالوا انه كافر اصلي لا مسلم مرتد لا عن فطرة ولا ملة لانه كافر محكوم بكفره اولاً وازيل بالتبعية وهذا لم يذهب اليه احد من طائفتنا (واما المرتد عن فطرة) فقد عرفه في عدة مواضع من كشف اللثام بانه من انعقد حال اسلام احد ابويه او اسلم احد ابويه وهو طفل ثم بلغ ووصف الاسلام كاملاً ثم ارتد قال وانما سرنا بما ذكرنا لنصهم على ان من ولد على الفطرة فابى الاسلام استتيب قال لانه لا عبرة بعبارته ولا باعتقاده قبل البلوغ (قلت) ممن نص على الاستنابة الشيخ في المبسوط في المقام وغيره ويدل عليه ان الادلة الدالة على حكم الفطري انما تدل على من كان مسلماً مولوداً من مسلمين او من مسلم وكافر واسلم اسلاماً حقيقياً بان بلغ واظهر الاسلام ثم ارتد ففي الصحيح قرأت بخط رجل الى ابي الحسن عليه السلام رجل ولد على الاسلام ثم كفر واشرك وخرج عن الاسلام هل يستتاب او يقتل ولا يستتاب فكتب عليه السلام بقتل وصحيح علي ابن جعفر سأل اخاه موسى عليه السلام عن مسلم ارتد قال يقتل ولا يستتاب وخبر عمار سمع الصادق عليه السلام يقول كل مسلم بين مسلمين ارتد عن الاسلام ومحمد محمداً صلى الله عليه واله نبوته وكذبه فان دمه مباح ولعل هذا الخبر هو الاصل في تعريف المسالك كما ستسمع وفي حسن محمد من رغب عن الاسلام وكفر وفي قوله رغب استعار بالمسلم الحقيقي وان شمل الممي (والحاصل) ان استفاد من الاخبار وكلام الاصحاب ما ذكرنا لان المتبادر من المرتد من كفر بعد اسلام والمتبادر من الاسلام الاسلام الحقيقي لا التبعي الحكمي والا لزم التناقض الذي اشار اليه في المسالك كما ستسمعه وذلك لحكمهم في المرتد الفطري بالقتل من غير استنابة وحكمهم بان ولده الذي ولد حال الاسلام وانعقد في تلك الحال اذا انكسر الاسلام بعد البلوغ يستتاب قال في حدود المسالك وجمع البرهان ان المشهور ان المرتد عن فطرة من انعقد حال اسلام احد ابويه وقال في الاخير وقريب منه انه الذي ارتد بعد ان ولد على الاسلام (قلت) وهذا يشمل ما اذا بقي احد ابويه على الاسلام الى حين بلوغه او ارتد وما اذا بلغ الطفل ووصف الاسلام كاملاً او لم يصفه وصريح كلامهم وظاهره خلاف ذلك في مواضع كما عرفت وستعرف وقال في المسالك عند قولهم فيمن علق قبل ارتداد ابيه انه ان بلغ مسلماً فلا بحث وان اختار الكفر بعد بلوغه استتيب وان حكم له بالاسلام من العلوق ولم يتم قتله (ما نصه) بان القواعد تقضي بان المتعقد حال اسلام احد ابويه يكون ارتداده عن فطرة ولا تقبل توبته وما وقفت على ما اوجب العدول عن ذلك هنا ولو قيل بانه يلحقه حكم المرتد عن فطرة كان متوجهاً وهو الظاهر من الدروس لانه اطلق كون السابق على الارتداد مسلماً ولازمة ذلك

ولو طرأ اسلام احد الأبوين حكم بالاسلام في الحال وكذا احد الاجداد والجدات « متن »

انتهى (قلت) قد عرفت مراد القوم فلا تناقض ولا عدول ومراد الدروس كمراد غيره انه بحكم المسلم على ان قولهم لا يحتاج الى الموجب بل المحتاج اليه ما قاله (سلمنا) وما كان ليكون لكن الموجب هو الاصل والاحتياط في الدماء وانه لا عبرة باعتقاده وعباراته والاجماع على الظاهر من جمع الزهاني قال انه لا يعلم خلافاً في استنابته والاخبار الدالة بعمومها على الاستنابة مطلقاً كرسالة الحنـ ابن محبوب عن غير واحد من اصحابنا عن ابي جعفر وابي عبد الله عليهما السلام في المرتد يستتاب فان تاب والا قتل ونحوه خبر جميل وحسنة ههنا او صحيحته في قوة اتوا امير المؤمنين عليه السلام فقالوا السلام عليك يا ربنا الحديث وغير ذلك من الاخبار وقال في المالـ ان الادلة المعتمدة دالة على مذهب ابن الجنيـ وهي الاستنابة مطلقاً وقد دل في التذكرة في المقام فقال ان من كان حين العلوق احد ابويه مسلماً فاذا بلغ ووصف الكفر فهو مرتد عن فطرة يتنزل ولا يستتاب وقوى ان من كان ابواه حين العلوق كافرين ثم اسلما او اسلم احدهما قبل بلوغه فاذا بلغ ووصف كان مرتداً ملئاً فاجرى تبعية الاسلام مجرى نفسه وقوى في ظاهر جامع المقاصد او صريحه عدم الفرق بينهما في كونهما مرتدين عن فطرة واستنفض على ذلك اطلاق الكتاب (قلت) وينبغي ان يقول والتحرير وهو ظاهر الدروس وستسمع عبارة (وفيه) ان المصنف صرح بان اسلامه تبعية لا حقيقي فلا ينفعه هذا الاطلاق واستدل عليه في جامع المقاصد بان الاسلام يعلو ولا يعلـ عليه وان كل مولود يولد على الفطرة وبما رواه عن علي عليه السلام اذا اسلم الاب جر الولد الى الاسلام فمن ادرك من ولده دعي الى الاسلام فان ابى قتل قال قال في الدروس وهو نص في الباب (قلت) كلام الدروس في الباب كأنه غير جيد قال من تبع ابويه او احدهما في دار الاسلام ثم اعترف بالكفر بعد بلوغه فانه مرتد سواء تخلق حال الاسلام او تجدد على اسلام احدهما بعد علوقه وربما فرق بينه وبين الاول انه جزء من المسلم في الاول فيكون مسلماً فبالكفر يصير مرتداً بخلاف الثاني فانما حكم باسلامه تبعاً والاستقلال اقوى من التبعية لانه انخلق من ماء كافر فاذا اعرب بالكفر لا يكون مرتداً ولهذا افتراق في قبول التوبة وعدمها والذي رواه الصدوق عن علي عليه السلام ثم ساق الرواية المتقدمة وقال انها نص في الباب ولعله اراد بالمرتد في الموضعين الفطري فيكون اراد بقوله لا يكون مرتداً انه لا يكون فطرياً فيكون اشار الى مذهب التذكرة وقد يكون اراد ما تقتضيه العربية والاصول والاصطلاح وهو انه لا يكون مرتداً اصلاً فيكون اشار الى احد وجهي الشافعية قال في جامع المقاصد ان الذي حكاه شيخنا في الدروس ان الخلاف في كونه مرتداً فحينئذ يكون القول الآخر انه كفر اصلي فيكون في المسئلة ثالثة اقوال (قلت) قد عرفت ان القول الثالث لم يذهب اليه احد منا وانما هو احتمال للشافعية فلا يناسب عدم قولنا ان خبر الصدوق معارض بما عرفت من الاخبار المتقدمة في الامرين وبما هو مراد من عبارات الاصحاب وقد بان ذلك خبراً بان ولا ريب ان المرتد حقيقة شرعية ليس معنى لغوياً ولا عرفياً والمتطوع من معنى الفطري ما رجناه ومعيـ الحقيقة موجود فيه ولعله لم يبق بعد اليوم في المراد من المرتد الفطري اشكال ولا تلتفت الى ما في التذكرة وجامع المقاصد وظاهر الدروس بعد انتضاح السبيل ووضوح الدليل (قوله)

❀ ولو طرأ اسلام احد الابوين حكم بالاسلام في الحال ❀ اذا لم يكن بالغا ولا جديداً في ذلك لافي الباب ولا في الحدود ولا الميراث الا من مالـ كما مر وعليه دل خبر الجر وقد سمعته آنفاً بل قد يظهر من التذكرة الاجماع عليه (قوله) ❀ وكذا احد الاجداد والجدات ❀ كفي التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وظاهر الاطلاق انه لا فرق بين كونهم وارثين او لا ولا بين كونهما للاب او للام وبه صرح في التذكرة لصدق الاب على الجد ولان الاب يتبع الجد فيكون اصلاً له فيكون اصلاً للطفل بطريق اولي فان من بلغ مجتونا يحكم باللامه اذا كان ابوه مسلماً فولد المجنون يحكم باسلامه ولان الاسلام للتغليب يكفي فيه ادنى سبب كما في

وان كان الأقرب حياً على اشكال (الثاني) تبعه السابي المسلم على رأي ان سبي منفرداً « متن »

جامع المقاصد وكذا التذكرة فليتأمل فيما ذكره (ذكر خ ل) اولاً (قوله) ❁ وان كان الأقرب حياً على اشكال ❁ كما في التذكرة والتحرير وكذا الايضاح حيث لا ترجيح فيه وفي جامع المقاصد ان الاصح عدم الفرق وقد بين وجهها الاشكال في التذكرة والايضاح بان سبب التبعية القرابة لانها لا تختلف بحياة الاب وموته كسقوط القصاص وحدّ القذف ولان التبعية انما هي للاتصال وهي ثابتة في الجد لقوله تعالى الذين آمنوا واتبعتهم ذريتهم بايمان الحقتنا بهم ذريتهم وابن الابن ذرية لقوله تعالى ومن ذريته ومن ان علة التبعية القرابة وكلما كانت اقرب كان المنتصف بها اولى ولان الشارع علق التبعية بالابوة وهي في الجد مجاز وفي الاب حقيقة فكانت العلة فيه اولى واقدم لانها العلة القرينة والجد علة بعيدة فكان الاب اولى وقوله صلى الله عليه وآله وسلم حتى يكون ابواه فحصر السبب في الابوين وهما حقيقة في الابوين بلا واسطة واللفظ انما يحمل على حقيقته تركناه في موت الاب لانه كالمعدوم فبقي المعنى الحقيقي في حياته وقد ضعف ذلك كله في جامع المقاصد بان احقية الابوين لا تنافي ثبوت التبعية للجدين مع ثبوت الولاية والاولوية للجد في النكاح عندنا (قلت) هذا خرج بالنص والاجماع والحكم هنا مرتب على الاب وقد حكموا بانه لا ولاية للجدين في الحضنة مع وجود الابوين الا ان نقول الاسلام مبني على التغليب فيكون فيه ادنى سبب ويحيى الاشكال فيما اذا اسلم جد الام والاب حي او اسلم جد الاب والام حية (قوله) ❁ الثاني تبعية السابي المسلم على رأي ان سبي منفرداً ❁ هذا الرأي بهذا القيد خيرة المبسوط والمفاتيح وجهاد الدروس وهو المحكي عن ابي علي والقاضي والشهيد في بعض فوائده وبه طفت عباراتهم في ابواب الفقه وفي التذكرة والتحرير والمسالك ان التبعية في الاسلام تحصل بثلاثة اشياء وعدوا منها اسلام السابي وقد تقدم ان ظاهر التذكرة الاجماع عليه الا ان نقول ان عد السابي في التذكرة والتحرير انما هو بناء على مذهب الشيخ كما يفهم منه فيهما بعد ذلك واقتصر في جهاد الشرائع على نسبته الى القيل وفي موضعين من التحرير والتذكرة على نسبته الى الشيخ وفي موضعين من المختلف ان فيه اشكالا وحكم بضعف مذهب الشيخ في جمع البرهان واستشكل ايضا في جهاد الكتاب ثم قرب الحاقه به اي السابي في الطهارة خاصة لاصلتها السالبة عن معارضة بقين النجاسة وهو خيرة ولده في موضعين من الايضاح والمحقق الثاني في جامع المقاصد وهو المحكي عن ابن ادريس وقول في الايضاح ان والده اختاره في آخر عمره وفي جمع الرهان ان ظاهر كلامهم ان خلاف في طهارته (قلت) قدحكي في التذكرة في الباب عن احد وجهي الشافعية انه لا يحكم باسلامه واستنجوه وقضيته انه لا يحكم بطهارته وهو الذي نبه عليه في الايضاح من قوله على رأي في عبارة الكتاب وقد يستدل على الحكم باسلامه وجوه (الاول) استمرار الطريقة واستقامة السيرة في ادعصار والامصار على تفسيه وتكفينه والصلوة عليه ان بلغ الست ان مات قبل البلوغ وما سمعنا انهم يحرمون ذلك ويمنعون منه لانه كافر ولا سمعنا ولا وجدناه انهم يترقبون بلوغه ويراعونه عند ظهور الامارات المفيدة للظن باختبار عافته او بتكرار الاقرار بالشهادتين في كل وقت وبادرونه باستنطاقه باظهار الاسلام عند البلوغ وتجبونه قبل الاظهار ولو لم يحظه لانه كافر عند بلوغه حتى يظهر الاسلام ووجدناهم لا يبيعونه للمخالف فضلاً عن الكفر وهو اكثر من ان يحصى في الكرج عند الملوك والتجار خصوصاً في الاناث وينبغي على قولهم انه اذا اعتقه مولا ومات قريبه المسلم الذي لا وارث له غيره قبل بلوغه انه لا يرثه (الثاني) ان الحكم بالطهارة من دون الاسلام غير معهود من الشرع الا في ولد الزنا قبل بلوغه على قول الا ان نقول ان ذلك غير ضائر لعدم القائل بالنجاسة (قلت) قد سمعت ما حكيتاه عن التذكرة والايضاح (الثالث) انما نجد احداً عد ذلك من المطهرات المعدودة (الرابع) انه نجس قبل الاسر قطعاً فيجب استصحابها وهو اصل سالم عن يقين الطهارة فهو اما مسلم او نجس الا ان يتحقق الاجماع على طهارته خاصة واوهن في استدلاله

ولو كان معه احد ابويه الكافرين لم يحكم باسلامه ولو سباه الذي لم يحكم باسلامه وان باعه من مسلم (الثالث) تبعية الدار وهي المراد فيحكم باسلام كل لقيط في دار الاسلام (متن)

ب لزوم الحرج كما ستسمع لانه غير صالح لتأسيس الاحكام لتخلفه في موارد اعظم حرجاً منه واكثر ضرراً ولم يقل احد بالحكم بالطهارة للحرج ومن الحرج ما اذا سباه مصاحباً لاحد ابويه اولها وماتا او بقيا كافرين فانه في صورتين كافر لا يتبع السابي (الخامس) انا وجدنا بعضهم يأخذونه من باب الثام في باب القصاص (السادس) ما ذكره في الايضاح من ان السبي ابطال حرته فتبطل تبعية الابوة وتبعية الدار هنا منتفية عنه ولا بد من طريق الى اسلام الطفل لان الاسلام لطف فلا يمنعه فيتعين الطريق في السابي (السابع) قوله صلى الله عليه وآله وسلم وانما ابواء يهودانه الحديث فاذا انقطع عنهما وزالت المصبة انتفى المقتضي لكفره فيرجع الى ما ولد عليه وهو الفطرة (وقد يقال ليس في جميع ما ذكرت ما يعول عليه ويستند اليه والخبر ليس من طرقنا) صحة الاحتجاج به لاستدلال اصحابنا به وشهرته لكنه متروك الظاهر ولا لزم ان لا يكون هناك مرتد عن ملة لانه نطق بان كل مولود يولد على الفطرة ولذا قال علم الهدى ان المراد انه يولد ليكون على الفطرة وهذا الكون انما يتحقق بعد البلوغ فلا دلالة فيه (سما) لكن ذلك يتحقق بوجوده معهما وقتاً ما والدليل عليه الاجماع على نجاسته قبل السبي فان سبه ليس الا تأثيرهما فيه ومن ذلك يتضح الحال في دليل الايضاح لانا نمنع انقطاع تبعية الابويه بمجرد مفارقتها لما على انه منقوض بما لو ماتا عنه بعد سبهما معه فان الشيخ لا يحكم باسلامه حينئذ وكذا لو انفرد ولد الذميين عنهما والقول بان ملة مركبة من المفارقة وملك المسلم ودار الاسلام ففيه ان احداً لم يدع ذلك وانما حقيقة دليلهم يرجع الى الملك والمفارقة ودار الاسلام فلم تؤخذ في دليل الخاصة ولا العامة ولو اخذت قضت بانه لو تاجر به من اول ما اخذه الى ملاد الكفر واقام بها انه لا يتبعه على ان هذا التركيب يحتاج الى هذا الدليل وبمعد هذا كله فالظاهر اتفاق كلمة من تعرض لهذا الفرع على الطهارة وعبارة التذكرة وما يعطيه كلام الايضاح ليس نصاً ولا ظاهراً في النجاسة فيقولان فيقتصر في الرخصة على موضع اليقين والا فالمعترض على كل من ادلة القولين مستظهر اذ ادلة الثائلين بالطهارة اصلها وزوم الحرج وقد عرفت الحال فيهما (قوله) ولو كان معه احد ابويه الكافرين لم يحكم باسلامه كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها وفي مجمع البرهان الظاهر انه لا خلاف فيه لان التبعية للابوين هي الاصل فنقدم على السابي وقال احمد انه يتبع السابي (قوله) ولو سباه الذي لم يحكم باسلامه كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد لان الذي لا حظ له في الاسلام وفي احد وجهي الشافعية انه يحكم باسلامه لانه اذا سباه صار من اهل دار الاسلام لان الذي من اهلها (قوله) وان باعه من مسلم كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد لان بهمه منه لا يقضي باسلامه لان تمكنه له طراً عليه وهو كافر رقيق وانما تحصل التبعية له في الابتداء لان عنده يتحقق تحول المال كما في التذكرة (قوله) الثالث تبعية الدار وهي المراد اي في اللقيط اذ لا معنى لتبعية الابوين والسابي في اسلام اللقيط ومن ثم اقتصر عليها المحقق في الشرائع (قوله) فيحكم باسلام كل لقيط في دار الاسلام مطلقاً ذكره الاصحاب كما في الكفاية وقد عرفت دار الاسلام في الدروس بانها ما ينفذ فيها حكم الاسلام فلا يكون بها كافر الامام هذا قال فلقبطها حر مسلم وحكم دار الكفر التي تنفذ فيها احكام الاسلام كذلك اذا كان فيها مسلم صالح للاستيلاء ولو واحداً اسيراً وفي معناها دار كانت للمسلمين فاستولى عليها الكفار اذا علم بقاء مسلم فيها صالح للاستيلاء وعرفت دار الكفر بانها ما ينفذ فيها احكام الكفار فلا يسكن فيها مسلم الا مسالماً قال ولقبطها محكوم بكفره ورقه الا ان يكون فيها مسلم ولو تاجر او اسيراً او محبوساً ولا تكفي المارة من المسلمين وقال في المبسوط دار الاسلام على ثلاثة اشرب (بلد) في الاسلام لم يقر به المشركون كجنداد والبصرة فلقبطها يحكم باسلامه وان جاز ان يكون لذي لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه (والثاني) كان دار كفر فغلب عليها المسلمون واخذوها صلحاً واغروهم على ما

الا ان يملكها الكفار ولم يوجد فيها مسلم واحد فيحكم بكفره وبكفر كل لقيط في دار الحرب الا اذا كان فيها مسلم ساكن ولو واحدا تاجرا او اسيرا « متن »

كانوا عليه على ان يؤدوا الجزية فان وجد فيها لقيط نظرت فان كان هناك مسلم مستوطن فانه يحكم باسلامه لما ذكرنا وان لم يكن هناك مسلم اصلاً حكم بكفره لان الدار دار كفر (والثالث) دار كانت للمسلمين وغلب عليها المشركون مثل طرسوس فاذا وجد فيها لقيط نظرت فان كان هناك مسلم مستوطن حكم باسلامه والا فلا قال ودار الحرب مثل الروم فان وجد فيها لقيط نظرت فان كان هناك اسارى فانه يحكم باسلامه وان لم يكن اسارى ويدخلهم التجار قيل فيه وجهان احدهما الحكم باسلامه والاخر الحكم بكفره وفي التذكرة جعل دار الاسلام دارين وهما الضرب الاول والثاني اللذان في المبسوط وجعل الثالث المذكور اخيراً في المبسوط دار كفر فدار الاسلام عنده داران ودار الكفر داران وقال في جامع المقاصد ان المراءى بدار الاسلام في عبارة الكتاب اما دار خطها المسلمون كبغداد او دار فتحها المسلمون كالشام وحكى عن الدروس تعريف دار الاسلام وقد سمعته وقال انه اضبط وليت شعري من اين عرف ان مراد المصنف احد الدارين فلهذا ارادهما معاً كما ذكره في التذكرة (وكيف كان) فعدم الضرب الثاني من بلاد الاسلام يدل على انه لا يشترط في بلاد الاسلام ان يكون اهلها مسلمين بل يكفي كونها في يد الامام واستيلائه عليها فكان المراد من دار الاسلام غير المراد من سوق المسلمين فان سوق الاسلام الذي يحكم على حومه وجوده بالطهارة لا يكفي فيه المسلم الواحد ولا يصدق على السوق حينئذ سوق المسلمين وان كان اصل البلد للمسلمين قوله () الا ان ملكها الكفار ولم يوجد فيها مسلم واحد فيحكم بكفره وبكفر كل لقيط في دار الحرب الا اذا كان فيها مسلم ساكن ولو واحداً تاجراً او اسيراً قد استوفينا الكلام في المقام في البيع في الفصل الثالث في انواع المبيع واستظهرنا ان الكلمة متفقة على ان من التقط لقيطاً من دار حرب لم يملكها المسلمون او اخذها الكفار من المسلمين وقد وجد فيها مسلم ساكن مستوطن ولو للتجارة يمكن كون ذلك الولد منه فانه حر كما طفحت بذلك عباراتهم في البابين وقتلنا ان الشيخ في المبسوط متوقف في التاجر ونزلنا على ما استظهرناه العبارات الدالة على ان احتمال كون الولد من مسلم ولو كان الاحتمال بعيداً ضعيفاً يمنع من استرقاقه لانه قد طفحت عباراتهم بانه لا اعتبار بالطرق والاجتياز والمروء اذ لا تبعية في وقت التكون لانتهاء التقدم لمكان الاصول الكثيرة وان عورض بعضها ومثله ما اذا تجدد خروجه قبل الالتقاط لانتهاء المقتضي للبعية وهو وجوده حينئذ والمراد بالخروج الذي يتدر معه ابقاءه بعض ولده في البلد من بعده وتأملاً في المحبوس وان اعتبره في الدروس ولا سيما اذا كان في المطامير ولا ريب انه غير الاسير وقتلنا ان البناء على الاحتمال البعيد جداً والاكتفاء بمجرد الطرق والمروء او الوجود ولو مقيداً في الحبس بالقبود يحمل المسئلة مجرد فرض والا اشكل الامر خصوصاً على الملقط الاول اذا الاحتمال البعيد قائم لا يكاد ينكر وان كان اخذه منه لا اشكال فيه لانه مسلم بل استبعد المولى الاردبيلي ما استظهرنا اتفاق الكلمة عليه لان العقل يجد الحاقه بالاعم الاغلب اولى كما في غيره من المقامات قال الا ان يكون اجماع او نص وينشأ ان الاصل في ذلك ان الاصل في بني آدم الحرية اجماعاً فلا يلتفت هنا الى ان الاصل بمعنى الراجح كونه من غير المسلم الساكن وان الاصل عدم كونه من مسلم معارض بمثله وان قضية ذلك الاكتفاء بمجرد وجود المسلم حين انعقاد نطفته ولما كان العلم بوجود المسلم حال انعقاد النطفة متعذراً جعلوا السكنى دليلاً على ذلك فالمدار على السكنى الدالة على تحقق وجود المسلم الذي يمكن ان يكون منه ولا كذلك المار لان الاصل عدم كونه في البلد حال انعقاد نطفة الولد فتأمل ومنه يعلم حال المحبوس وان المسلم في كلامهم لبيان الجنس فيشمئذ المسئلة فلو كان اللقيط معروف الاب مجهول الام وفي بلد الحرب امرأة مسلمة يمكن تولده منها كان حراً هذا كلام الاصحاب وما يتعلق به (واما اخبار الباب) فيحمل اطلاق الحكم فيها بالحرية في التنبؤ واللقيط على الافراد

فان بلغ واعرب عن نفسه الكفر في الحكم برده تردد ينشأ من ضعف تبعية الدار (الثالث)
الجناية وعاقلة اللقيط الامام اذا فقد النسب ولم يتوال احدا دون الملقط فان جنى عمدا اقتص
منه وخطأ يعقله الامام وشبيه العمد في ماله « متن »

المتكثرة الشايعة وهو ما كان في بلاد الاسلام خصوصا اذا حنطنا زمن ورودها او في بلاد الحرب الذي فيها
مسلم ساكن مقيم او مسلمون مستوطنون ووجه اللقيط في دار الحرب الذي ليس فيها مسلم ساكن
ولو تاجرا مستوفزا او اسيرا او محبوسا نادر جدا فلمله غير داخل في اطلاق الاخبار المذكورة فلي تأمل جيدا
وتام الكلام ونقل العبارات في باب البيع (قوله) ❦ فان بلغ واعرب عن نفسه الكفر في الحكم برده
تردد ينشأ من ضعف تبعية الدار ❦ لانها اشارة اية تفيد الظن لا يستدل بالمعلول على شيء آخر بخلاف
مباشرة الاسلام وتبعية احد الابوين او السابي فانه برهان على بقاء العلم يستدل فيه بالعلة على المعلول فتأمل
جيدا ومن حيث سبق الحكم باسلامه فهو مسلم كفر بعد اسلام وقال في المبسوط الاقوى انه لا يقتل بل يفرغ
ويهدد ويقال حكما باسلامك ترجع الى الاسلام انتهى قال في الايضاح فهو غير حازم برده وقرب في التذكرة
والدروس انه لا يحكم برده وقواه في الايضاح لان اعراجه بالكفر كاشف عن كفره الاصلي ووجهه في
التذكرة بان الحكم باسلامه وقع ظاهرا لا باطنا بدليل انه لو ادعى ذمي نوته واقام بينة على دعواه سلم اليه
ونقض الحكم باسلامه فاذا بلغ ووصف الكفر كان قوله اقوى من ظاهر اليد ولهذا لو حكمنا بحريته بظاهر
الدار ثم بلغ واقرب بالرق فانه يحكم عليه بالرق وفي التحرير الجزم بانه مرتد يستتاب والاقتل وقد نفى البعد في
جامع المقاصد عن كونه مرتدا لسبق الحكم بطهارته واجراء احكام اولاد المسلمين عليه ولان الاسلام هو
الاصل لان كل مولود يولد على الفطرة ومراه انه مرتد عن فطرة ناء على ما سلف له وبعبارة التحرير نقضي
بانه مرتد عن ملة او يكدن اراد ان حاله حال اولاد المسلمين اذا ارتدوا على المختار عندنا (وانت خبير) بانه
ان كان التردد والنزاع في كونه مرتدا عن فطرة فلا وجه له بل ينبغي الجزم بالعدم كما عرفت مما ذكرناه
في معناه فيما تقدم وان كانا في كونه مرتدا عن ملة فالظاهر انه ليس بمرتد ايضا لانه لا سيرة بعبارته ولا
باعتقاده فلي تأمل (قوله) ❦ الثالث الجناية وعاقلة اللقيط الامام اذا فقد النسب ولم يتوال احدا دون
الملقط ❦ عاقلة اللقيط الامام اجماعا كما في ظاهر التذكرة والمسالك حيث قيل فيهما عندنا لان ميراثه له
فانه وارث من لا وارث له وعند العامة ان عاقلته بيت المال لان ميراثه له وهو خيرة المبدوط كما ستسمع وفي
المقنعة والنهاية فان لم يتوال احدا حتى مات فولائه للمسلمين وستسمع تحرير المقام ولا يخفى ان الامام عاقلته
صغيرا كان او كبيرا فان جنى صغيرا عمدا او خطأ كانت الدية على الامام لان عمده عندنا خطأ وكذا اذا
جنى كبيرا خطأ فاجود العبارات في لباب عبارة الارشاد واللمعة حيث قيل فيهما عاقلته الامام من دون
القبيدين المذكورين في الكتاب والشرائع وغيرهما لان الثاني يختص بالبالغ لان الملة الاله انما تعتبر بعد بلوغه
وعليه اي الثاني يقتصر في النافع والتحرير وفي الشرائع حزازة اخرى قال عاقلة اللقيط الامام اذا لم يظهر له
نسب ولم يتوال احدا سواء جنى عمدا او خطأ ما دام صغيرا فاذا بلغ في عمده القصاص وفي خطائه الدية على
الامام انتهى وقد عرفت ان المولا انما تعتبر بعد البلوغ فكيف يحسن قوله ما دام صغيرا (وليعلم) انه في
الروضة قال بعد بيان انه لا ولاء عليه للملقط ولا لاحد من المسلمين خلافا للشيخ ولعله اشار الى ما ستسمعه
عن النهاية من قوله كان ولائه للمسلمين لكن ذلك موجود في المقنعة ايضا كما ستسمع ذلك قريبا (قوله)
❦ فان جنى عمدا اقتص منه ❦ كما في المبسوط وغيره ان كان بالغاً (قوله) ❦ وخطأ يعقله الامام ❦
عندنا كما في التذكرة وفي المبسوط ان عاقلته بيت المال سواء كان كبيرا او صغيرا لانه حر مسلم لا عاقلة له
ولان نفقته في بيت المال قال وايضا لا خلاف فيه وظاهره ارادة بيت مال المسلمين لا بيت مال الامام وستسمع
تمام الكلام (قوله) ❦ وشبه العمد في ماله ❦ كما في الشرائع وغيرها ولو كانت جنايته على مال

فان قتل عمدا فللامام القصاص وخطأ الدية ولو جني على طرفه فالاقرب مع صفرة جواز استيفاء القصاص او الدية له ولا يتولى الملتقط ذلك بل الحاكم « متن »

فالضمان عليه لا غير مطلقاً سواء اتلفه عمدا ام خطأ وينظر به بساره اذا لم يكن بيده مال (قوله) ﴿ فان قتل عمدا فللامام القصاص وخطأ الدية له ﴾ اي للامام كما هو مذهبنا كما في التذكرة وبه صرحنا عباراتهم كما ستسمعها وميراثه للامام عندنا كما في موضع آخر منها وكأن المتأخرين مطبقون عليهما اما بتصريح او بظهور الا المصنف في الثاني فيما سيأتي وقال في المبسوط فان كان عمدا فانه للامام فان رأى المصلحة ان يقتص اقتص وان رأى العفو على مال ويدعه في بيت المال لمصالح المسلمين فعل وان كانت الجناية خطأ فانها توجب المال فيؤخذ ويترك في بيت المال بلا خلاف وفي الخلاف اللقيط اذا مات ولم يخلف وارثاً فميراثه لبيت المال وبه قال جميع الفقهاء دليلنا اجماع الفرقه وقد اراد ببيت المال هنا بيت مال المسلمين لمكان نسبته الى جميع الفقهاء ومثله في المقنعة قال فان لم يتوال احدا حتى مات كان ولائه للمسلمين وان ترك مالا كان ما تركه لبيت مال المسلمين ونحوه ما في النهاية من دون تفاوت غير انه قال كان ما تركه لبيت المال وهو صريح الكتاب فيما سيأتي وقد حمل في السرائر كلام الشيخ في المقام وغيره على ان المراد ببيت المال بيت مال الامام وقال في آخر الموازيث انه قال في المبسوط اذا قلت بيت المال فقصودي بيت مال الامام وقال في السرائر في مقام آخر اذا وردت لفظة انه للمسلمين او لبيت المال فراده اي الشيخ بيت مال الامام وانما اطلق القول بذلك لما فيه من لان بعض لا يوافق عليه هكذا اورده شيخنا في الجزء الاول من مبسوطه وهو الحق اليقين ويشهد له انه في الخلاف قال بعد ما نقلناه عنه بارب مسائل ميراث من لا وارث له لامام المسلمين وقال جميع الفقهاء انه لبيت المال وهو لجميع المسلمين دليلنا اجماع الفرقه واخبارم انتهى وهذا ان تم في جميع كلمات الشيخ والا فهو في الكتابين لا يزال يخاف لا يتم في كلام المفيد ثم ان الشيخ هنا قال لمصالح المسلمين لكنه لم يختلف اثنان في ان ميراث من لا وارث له للامام وبه نطقت الاخبار وهل له في صورة العمد العفو على مال لا اجد في ذلك خلافاً في المقام وقد قيد في التذكرة والتحرير في المقام ان العفو على مال يرثه الجاني وعليه الاكثر في باب الديات ونحن قويناهنا ان الجاني يجب عليه دفع المال اذا رضي الولي به ويجزى الحاكم لا الجاني واسبقنا الكلام فيه واستوفيناه (قوله) ﴿ ولو جني على طرفه فالاقرب مع صفرة جواز استيفاء القصاص او الدية له ﴾ كما في الارشاد والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان وكذلك الابضاح وفي الشرائع لو قيل به كان حسناً وجوز له في التذكرة استيفاء القصاص فقط ومنع فيها من جواز استيفاء الدية والشيخ في المبسوط منع منهما ونسب في المسالك جوازهما الى الاكثر (وحجتهم) ان ولايته ثابتة فجاز له الاستيفاء كغيره من الحقوق وان القصاص شرع لحفظ النفس وتأخيرهم مع بذله ترك للغاية وقد يفوت استدراكها بفوات المحل ولا اعتبار باراء المجني عية وقت البلوغ لان المعتبر وقت الجناية واهليه حينئذ مفقودة وهذا معنى قوله في الشرائع لا معنى للتأخير (واحتج) في المبسوط لعدم القصاص بان القصاص للتشفي وهذا ليس من اهله ولعدم اخذ المال بانه اذا بلغ ربما طلب القود وقال انه مثل الصبي الذي حصل له قصاص فانه ليس لايه ان يقتص ولا للحاكم ولا للجد وقد تقدم الكلام في هذه المسائل مستوفى اكل استيفاء في باب الحجر وكذلك في باب القصاص والديات وقد نقلنا كلامهم في الابواب الثلاثة وجميعهم تقضاً وارباماً وبيننا ما يلزم كلام الشيخ وفرعه هو عليه من حبس الجاني الى وقت بلوغه وغير ذلك هذا (واما المجنون) فانه يعتمد في امره المصلحة جزماً وفي التحرير انه لو بلغ فاسد العقل تولى الامام استيفاء حقه اجماعاً وفي المبسوط اذا كان الصبي معتوماً لا يأخذ المال ان كان مؤمراً والا اخذ (قوله) ﴿ ولا يتولى الملتقط ذلك بل الحاكم ﴾ كما في الشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك

ولو اخذ الحاكم الارش في العمد فبلغ وطلب القصاص فاشكال ينشأ من ان اخذ المال للحيولة او لاسقاط القصاص (الرابع) الحرية فان لم يدع احد رقه فالاصل الحرية

ومجم البرهان لانه لا ولاية له الا في الحضانة (قوله) ولو اخذ الحاكم الارش في العمد فبلغ وطلب القصاص فاشكال ينشأ من ان اخذ المال للحيولة او لاسقاط القصاص (الوجه الاول) من وجهي الاشكال قول الشيخ في المبسوط في مثل الفرض فانه ذهب الى ان للولي العفو عن القصاص على مال لان المولى عليه اذا اكل كان له القصاص قال في باب القتل فاما اذا كان الوارث واحداً وله اب او جد مثل ان قتل امه وقد طلقها ابوه فالقود له وحده فليس لابيّه ان يستوفيه بل يصبر حتى اذا بلغ كان ذلك اليه سواء كان طرفاً او نفساً وسواء كان الولي اباً او جداً والوصي الباب واحد فاذا ثبت انه ليس للوالد ان يقتص لولده الطفل او المجنون فان القاتل يحبس حتى يبلغ الصبي ويفيق المجنون لان في الحبس منفعتهما معاً للقاتل بالعيش ولهذا بالاستيثاق فاذا ثبت هذا فاراد الولي ان يعفو على مال فان كان الطفل في كفاية لم يكن له ذلك لانه يفوت عليه التشفي وعندنا له ذلك لان له القصاص كي ما قلنا اذا بلغ فلا يبطل التشفي ثم نقل الخلاف بين العامة فيما اذا كان معسراً واراد ان يعفو الولي على مال واحتران له العفو ايضاً وللصبي القصاص اذا بلغ وظاهره الاجماع ومعناه انه يصلح فضولاً عنه فان بلغ واجاز فذاك والا كان حقه باقياً ولم يتعرض للحيولة وانما هو (في خ ل) احد وجهي الشافعية ويمكن تصوير الحيولة بان يقال انه لما كان الواجب القصاص وانما الدية بدل منه لتعذره فكان لما جنى على الصبي الذي لا يجوز لوليه ولا له استيفاء القصاص كأنه قد حال بمجنابته عليه بينه وبين القصاص فاشبه حيولة الغاصب وبهذا يدفع عنه ما اورد عليه في التذكرة والابضاح وكذلك جامع المقاصد بان التضمن للحيولة انما هو اذا كانت من قبل الجاني كما لو غيب الغاصب المغضوب او ابقى العبد من يده وهنا لم يأت العذر من قبله (قلت) بما قرناه جاء العذر من قبله وقد عرفت ان الشيخ لم يتعرض للحيولة قالوا وايضاً لو كان للحيولة لجاز الاخذ فيها اذا كان المجني عليه صبيّاً غنياً كذا قال في التذكرة (قلت) قد عرفت ان الشيخ يجوز الاخذ حينئذ وقال في الابضاح لو كانت للحيولة لجاز اخذها للصبي المميز (قلت) ان اراد اخذ الولي له فقد عرفت ان الشيخ يجوز سواء كان مميزاً ام لا وان اراد اخذ الصبي فظاهر الفساد ويدفع ايضاً ما قاله في جامع المقاصد من انه بعد تحرير محل النزاع يسقط هذا الاشكال بان يقال اخذ المال من كان بغير رضا الجاني في العمد فهو ممنوع منه لا اثر له وبقي الحكم كما كان ولا دية ولا حيولة وان كان برضاه فانما يكون عوضاً عن القصاص لانه الغرض فان المفروض انه لم يدفعه هبة ولا تبرعاً فان صح اخذه عوضاً وجب الحكم بسقوط القصاص انتهى وجوابه انه اخذه برضاه والتماسه عوضاً عن القصاص انما جاز للصبي بعد بلوغه ثم انك قد عرفت ان ظاهر المبسوط الاجماع عليه (الوجه الثاني) من الاشكال خيرة جامع المقاصد واليه مال في التذكرة والابضاح لما سمعت ولا ترجيح في الدروس (قوله) (الرابع) الحرية فان لم يدع احد رقه فالاصل الحرية بمعنى الاستصحاب وبمعنى الراجع وبمعنى القاعدة التي قام الاجماع عليها وبمعنى عدم الرقية فيكون الاصل الحرية (اما الاول) فلان كل انسان ينتهي في الولادة الى آدم عليه السلام فتستصحب الحرية الى ان يثبت خلافها (واما الثاني) فلان الاغلب على اهل الدار الاحرار والارقاء مجلبون اليها وليسوا من اهلها فكما يحكم بالاسلام للدار يحكم بالحرية لها (واما الثالث) فقد قال ابن المنذر اجمع عامة اهل العلم على ان اللقيط حر وروينا ذلك عن علي عليه السلام وعمر بن الخطاب وبه قال عمر بن عبد العزيز والشعبي والحكم ومالك والثوري والشافعي واحمد واسحق واصحاب الرأي بل في التذكرة اذا التقط في دار الحرب ولا مسلم فيها اصلاً فالاقرب عندي الحكم بحريته لكن لتجدد الرقية بالاستيلاء عليه وان قال علمائنا انه يكون رقاً (قلت) قد نبهنا على ذلك في باب الحيوان وقلنا ان مذهبه ان الاستيلاء بشرط في الرقية (واما

ويحكم بها في كل مالا يلزم غيره شيئاً فملكه المال ونقرم من اتلف عليه شيئاً وميراثه لبيت المال وان قتله عبد قتل وان قتله حر فالاقرب سقوط القود للشبهة واحتمال الرق فحينئذ تجب الدية او اقل الامرين منها ومن القيمة على اشكال « متن »

(الرابع) فان الرقية انما ثبت بالكفر الاصلي والسبي والجلب والاصل عدم هذا الوصف (قوله) ❁ فيحكم بها في كل مالا يلزم غيره شيئاً ❁ المراد الزام الغير شيئاً لا يلزم على تقدير الرقية كالمصاص ان قتله حر فان المصنف سيقرب سقوط القود وهذا لبعض التافعية ولم نجد من جزم به من طائفتنا كما ستعرف بل الظاهر خلافه (قوله) ❁ فملكه المال ونقرم من اتلف عليه شيئاً ❁ اما (الاول) فلانه لا مانع منه فيجب اجرائه على الاصل وقد تقدم الكلام في ذلك (واما الثاني) فلان الائلاف يقضي بالضم (وعساك تقول) ان هذا التعريم يقضي بالزام الغير شيئاً وقد تقدم منعه (لانا نقول) هذا التعريم ثابت على تقدير الحرية والرقية فليس الضمان واخذ العوض بسبب الحرية بخلاف المصاص فانه انما يثبت بسبب اي الحرية (قوله) ❁ وميراثه لبيت المال ❁ هذا هو ما اشرنا اليه فيما سلف وقد تقدم الكلام فيه (قوله) ❁ وان قتله عبد قتل ❁ وجهه ظاهر (قوله) ❁ وان قتله حر فالاقرب سقوط القود للشبهة واحتمال الرق فحينئذ تجب الدية او اقل الامرين منها ومن القيمة على اشكال ❁ قال في المبسوط فان جني عليه فان كان عمداً فانه الى الامام فان رأى المصلحة ان يقتص اقتص ومثله مافي الشرائع والتذكرة والتحريم والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان وغيرها واطلاق هذه العبارات متناول لما اذا كان القاتل حراً او عبداً بل الحر هو المتبادر ووجهه ان الشارع قد حكم بحر بته لقوله اللقيط حر والمنبوذ حر فقد جعل الدار سبباً في حرية المجهول فلو لم تكن سبباً ولا مستلزماً للسبب لم يصح جعلها سبباً ودليلاً فلذلك اجر بنا عليه باقي احكام الحرية مثل منا كخته فيجب اجراء الجميع او منع الجميع لان الشرط واحد واحتمال كونه في الواقع رقاً لا يجدي لما ذكرناه وامموم قوله جل شأنه النفس بالنفس خص بمن علمت عبوديته ورقيته وكفروه وبقي الباقي والمصنف هنا قرب سقوط القود للشبهة بمعنى عدم القطع بنبوت الحرية لاحتمال الرقية فهو في العبارة عطف تفسير ولان دم المسلم لا يقتنع فيه بالظن بل لا بد من اليقين ولا يقين مع قيام الشبهة واحتمال الرق ولان فارط الدماء لا يستدرك فيجب فيه رعاية الاحتياط ولان سبب القود حرية المجني عليه ولم تعلم والجهل بالسبب يستلزم الجهل بالسبب وقد عارض اصل الحرية اصل برائة ذمة الجاني مما تستلزمه حر بته وهذه كما ترى مدفوعة بالنص الصحيح ولما حكم بسقوط القود قال فجب الدية او اقل الامرين منها ومن القيمة على اشكال فيهما ينشأ من انه حر في نظر الشارع وقد حكما بسقوط القود للشبهة فيجب الانتقال الى الدية ومن الشك في الحرية والرقية فيجب اقل الامرين لانه المتيقن والزائد مشكوك للشك في سببه كذا وجه الاشكال في جامع المقاصد ثم قال ولقائل ان يقول ان الواقع لا يخلو من رقيقته او حر بته فلا بد من احدهما وعلى اي تقدير كان فلا يكون الواجب واحداً من الامرين المذكورين لانه ان كان حراً فالواجب المصاص لا الدية والاحتياط المذكور معارض باحتياط مثله فان الجاني ربما رضي بالمصاص فقهره على الدية الزام له بما لم يثبت عليه فيكون باطلاً وان كان رقاً فالواجب هو القيمة لا الدية فيبطل احتمال كون الواجب هو الدية على كل من التقديرين الذي انحصر الواقع فيهما وكذا يتمتع كون الواجب هو اقل الامرين مطلقاً على كل من تقدير الحرية والرقية على انه يؤدي الى اسقاط حق معلوم الثبوت قطعاً وذلك اذا قطع منه طرفان احدهما اكثر قيمة والاخر اكثر دية وحيث بطلت اللوازم كلها تمين الحكم بالمصاص (ونحن نقول) الاشكال انما هو في الثاني كما هو ظاهر التذكرة او صريحها وصريح الايضاح وهو الموافق للنظر ومنشأه من ان الاقل هو المتيقن والزائد مشكوك فيه والاصل عدمه ومن ان الشارع حكم بحر بته فالتعظيم لكامل الدية وهو حكم الشارع بها وان كان مظنوناً بوجود المانع وهو التحريم على الدماء مفقود وهذا هو الظاهر ان قلنا بعدم المصاص ولا

وان ادعى رقه لم يقبل من غير صاحب اليد ولا منها اذا استندت الى الالتقاط وان استندت الى غيره حكم ظاهراً على اشكال « متن »

نظر لنا الى الواقع بعد حكم الشارع بالحريه وقضيه ذلك ان يتعين القصاص لكن منع منه مانع من قاعدة اخرى عند المصنف فكان حراً عنده يجب في قتله الدية فلم تكن اللوازم كلها باطلة لان هذا اللازم غير باطل في نظر الشارع عند المصنف بل لا يمتنع على هذا حيث بطل القصاص عنده كون اللازم هو اقل الامرين وان ضعف جداً والضعف غير الامتناع بل لا يمتنع كون الواجب اقل الامرين من دية عبد لذي او دية ذي لولا ان الاسلام اقوى من الحرية ولهذا يحكم على الحمل بالاسلام لاسلام احد ابويه بعد وجوده بل وبعد انفصاله قبل بلوغه ولا يحكم عليه بالحرية لو اعتق وله ولد صغير ولهذا قدر المصنف المسئلة في احتمال الرق ولم بقدرها في احتمال الكفر (وقوله) ان الاحتياط معارض بمثله فيه (اولاً) ان الماثلة بعيدة جداً وقد قدموا في باب القصاص والديات الاحتياط في الدماء على الاحتياط في الاموال في مواضع لا تحصى (وثانياً) انا قد بينا في باب القصاص ان الولي لو اختار الدية وجب على الجاني دفعها لكنه لا يجبره الولي عليها وانما يجبره الحاكم اذا ترافعا اليه وقد تطابقت ظواهر النصوص والفتاوى فيما اذا قتل جماعة واحداً على ان لوليه ان يختار قتل واحد وانه يجب على الباقي ان يردوا عليه ما فضل له وليس لم ان يقولوا انا لا نؤدي فليقتص منا وهذا يؤيد ما قلناه (وقوله) على انه يؤدي الى آخره فيه انه لا يصح ان يكون قيمة طرف العبد اكثر من دية لو كان حراً لانه لا يتجاوز قيمته ولا بقيمة طرفه اكثر من دية الحر ودية طرفه كما صرحوا به في باب الديات وباب الغصب لان الضابط في دية اعضاء العبدان تنسب الى دية الحر ثم الى قيمة مجموعهم فان زادت عن دية الحر ردت اليها نعم بتصور ذلك فيما اذا كان مغبوباً والمفروض هنا خلافه ويسان ذلك مستوفى في باب الغصب (قوله) وان ادعى رقه لم يقبل (تقبل خل من غير صاحب اليد) اذا ادعى رقه للقيط او غيره من الصغار المجبولي السب مدع ولا بدله عليه لم تقبل دعواه الا بالينة كما في المبسوط والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد لان الظاهر الحرية فلا تترك الا بجهة بخلاف ما لو ادعى نسبه فانه يقبل وان لم يكن له عليه بدلان في ذلك مصلحة للطفل واثبات حق له وفي القبول هنا اصرار به واثبات رقه عليه وادني في العبرة مبني للمجهول اي اذا ادعى مدع رقيقته كما اشرنا اليه او للمعلوم ومرجع الضمير ما سبق في قوله فان لم يدع احد رقيقته اي وان ادعى احد رقيقته (قوله) ولا منها اذا استندت الى الالتقاط كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وهو قضية كلام المبسوط والتحرير بالاولوية للعلم بان سببها الالتقاط الذي لا يفيد الملك والاصل الحرية فلا تسمع دعوى الرقية بغير حجة وذلك لا ينافي الكلية القائلة بان كل من ادعى رقية صغير في يده ولا تعلم حربه فانه تسمع دعواه لانها مقيدة بغير اليد التي عرفنا استنادها الى التقاط منبوذ حكماً بجره وليس ذلك كدعوى المال الذي التقطه لانه ملك على كل تقدير فليس في دعواه تغيير عن صفته وفي دعوى رقية للقيط تغيير لصفة اثبتها الشارع ولا فرق في الصبي بين الصغير والكبير لسبب عبارته وان كان مميزاً وقوله ولا منها على حذف مضاف تقديره ولا من صاحبها اي اليد (قوله) وان استندت الى غيره حكم ظاهراً على اشكال كما في جامع المقاصد حيث استشكل ايضاً وقال في الايضاح الاصح عندي وعند والذي عدم قبول دعوى ذي اليد هنا بالرق بغير بينة شرعية وقد حكى عن المبسوط في الايضاح وجامع المقاصد انه يحكم له بشهادة اليد مع اليمين ومعناه انه اذا شهدت له البينة باليد حلف معها يميناً وثبت رقه كما صرح هو به فيرجع بالآخرة الى قبول قول ذي اليد مع اليمين كما يأتي وقضى له بالملكية في التذكرة من دون ذكر يمين قال لان الظاهر ان من في يده شيء وهو متصرف فيه تصرف السادات في العبيد انه ملكه ولم يعرف حدودها بسبب لا يقتضي الملك انتهى (وفيه) انه اذا كان لشخص على آخر يد وسلطنة يكون محكوماً بكونه رقاً له بلا اشكال فكيف استشكل هو هنا ثم ان الفرض على هذا الايكاد بتصور فان اللقيط

فان بلغ وانكر في زوال الرق (الذي ثبت ظاهره) اشكال ولو اقام بيعة حكم بها سواء اطلقت
او استندت الى سبب كارث او شراء ولو شهدت بانه ولد مملوكه فاشكال بنشأ من انها قد تلد
حرا « متن »

من لا بد عليه متى كان عليه يد فليس بليق وقد صور الفرض في كثر القوائد بما اذا قال هذا عبدي
وكان لي عليه يد ثم ضل فالتقطه فينتجه حينئذ الاشكال ويكون منشأ من ان اليد ثابتة وقد اسندها الى ما
يقتضي الملك فلا يتوقف الحكم بدلائها على الملك على العلم بسببها ومن ان الالتقاط هو السبب المعلوم والاصل
عدم عبيره فقال اليد عليه وهو دال على الحرية فيحتاج الملك الى حجة وليس هو كاليده التي لم يقارنها وصف
الالتقاط لانتهاء المنافي معها فيقضى فيها بالملك (وقد يقال) ان هذا الاصل مقطوع بان الاصل في قول
المسلم الحجة مع عدم المنازع ولعله اليه اشار في التذكرة فنندفع عنها المناقشة وكانت اليمين في المبسوط
استظهارا ولعل هذا اقوى (قوله) فان بلغ وانكر في زوال الرق الذي ثبت ظاهرا اشكال
هذا الاشكال فرع على الحكم بالرقية ظاهرا في المسئلة السابقة قال في التذكرة ان كان المدعي رقه غير الملتقط
وهو صاحب يد وحكمنا له بالرقية او لا كان القول قول المدعي ولا يقبل قول الصغير الا ان يقيم البيعة في الحرية
لانا قد حكمنا برقه في حال الصغر فلا يرفع ذلك الحكم الا بحجة لكن له تخفيف المدعي وهو احد قولي الشافعية
والثاني انه يقبل قوله الا ان يقيم مدعي الرق بيعة على رقه لان الحكم بالرق انما جرى حين لا قول له ولا منازع
واذا صار معتبر القول فلا بد من اقراره او البيعة عليه كما لو ادعى مدع رق بالغ انتهى ويرد على الاخير انه
اذا حكم برقيقته اليد لا يلتفت الى انكاره بعد بلوغه كما في سائر نظائره

(قوله) ولو اقام بيعة حكم بها سواء اطلقت او استندت الى سبب كارث او شراء هذا هو
الاقوى كما في المبسوط والاقرب كما في التذكرة و به جزم في جامع المقاصد وهو قضية اطلاق التحرير لشهادتها
بالملك ولا يتوقف قبولها على الاستناد الى سبب (وتحرير البحت) انه اذا ادعى مدع رق اللقيط او غيره من
الصغار المجبولى النسب واقام بيعة فاما ان تشهد باليد او بالملك او بالولادة (فان) شهدت بالملك او اليد لم يقبل
الاشهاد رحلى او رجل وامرأتين كما في التذكرة او شاهد و يمين كما في التحرير ولا تقبل شهادة اربع نساء
كما في المبسوط وان شهدت بالولادة قبلت شهادة المرأة الواحدة او الرجل الواحد كما في التذكرة (فان) شهدت
بالملك واستندته الى سبب مملك فلا ريب في قبولها والا فالاقرب سماها كما اذا شهدت بالملك مطلقا والرق
مطلقا كما لو شهدت على الملك في دار او دابة او شمسها فانه يكفي الاطلاق فكذا هنا ولان قيام البيعة على
مطلق ليس باقل من دعوى غير الملتقط رقية الصغير في يده وقد اكتفى بها في التذكرة وكذا المبسوط كما
نقدم ويحتمل ان لا يكفي بها مطلقة لانا لا نأمن ان يكون قد اعتمدت على ظاهر اليد وتكون اليد يد
النقاط واذا احتمل ذلك واللقيط محكوم بحرته ظاهرا فلا يزال ذلك الظاهر الا بيقين فلا بد من ذكر
سبب الملك من ارث او شراء او انتهاب ولا كذلك سائر الاموال لان امر الرق خطير وهو كاترى وان شهدت
باليد فان كانت يد الملتقط لم تثبت بها ملكه لانا عرفنا سبب يده ولانا لو شاهدناه تحت يده وهو ملتقط
وادعى رقيقته لم نحكم بها فكيف اذا شهدت له بيد الالتقاط ولو كانت يد غير الالتقاط حكم بها بل القول قوله
مع يمينه كما نقدم لكنه قد (وقد خ ل) عر عن هذا في المبسوط بقوله فان شهدت بالملك فقالت كانت يده
عليه او كان في يده نظرت فان كان في يد الملتقط فانه لا يحكم له به وان كان في يد الغير فانه يحكم له بالملك
لكن يحلف مع البيعة انتهى ونحوه ما في التذكرة من قوله اما لو كانت في يد اجني فانه يحكم باليد والقول
قوله مع يمينه ونحوه ما في التحرير وهذا هو الذي لا يمكن تصويره وقول الشيخ يرجع بالآخرة الى انه يقبل
قول ذي اليد غير يد الالتقاط مع اليمين لان الشهادة على اليد لا تزيد عن مشاهدة اليد (وان) شهدت البيعة

ولو شهدت بانه ولد مملوكته فاشكال ينشأ من انها قد تلد حراً ولو بلغ واقراً بالعبودية حكم عليه ان جهلت حرية ولم يقر بها اولا ولو اقر اولا بالحرية ثم بالعبودية فالاقرب القبول ولو اقر بالعبودية اولا لواحد فانكر فاقر لغيره فاشكال ينشأ من الحكم بحريته برد الاول اقراره ومن عموم قبول اقرار العاقل « متن »

بالولادة فقالت هذا ولدته في ملكه فانه يحكم بملكه له قطعاً كما في التذكرة وهو خيرة المبسوط لكنه جزم في قضاء الكتاب بعدم سماع الدعوى والبيئة في ذلك واستسمع بيانه وان شهدت بانه ولد مملوكته فاشكال كما يأتي في كلام المصنف ولو قال المصنف او اسندت بدل استندت لكان اسد لا ان الاسناد ضد الاطلاق (قوله) ﴿ ولو شهدت بانه ولد مملوكته فاشكال ينشأ من انها قد تلد حراً ﴾ ومن انه نساء جاريتها والاصل تبعيته لها كما في الايضاح وجامع المقاصد وقال في المبسوط ان الذي يقتضيه مذهبنا انه لا يكون رقاً لانه يجوز ان يكون ولدته من زوج حر فيكون حراً عندنا ومعناه انها شهدت بالاعم من رقبته والعام لا دلالة له على الخاص وهو الاصح كما في الايضاح وجامع المقاصد وبه جزم المصنف في قضاء الكتاب وكاشف اللثام وقال في التذكرة ان الاقرب الاكتفاء بذلك العام لان شهادتهم لم تستند الى ظاهريه (قلت) اذا لم نكتف بالبيئة المطلقة في الرق فلا ريب في عدم الحكم بكونه رقاً له لان أمته قد تلد في ملكه حراً ولان غيره قد يملكه ولذلك قالوا في باب القضاء لا تسمع دعواه ان هذه ثمرة تخلفي ولا شهادة البيئة بذلك لاحتمال تملك غيره لها ومثل قوله انه ولد مملوكته وانه ابن أمته قوله انه ولد مملوكته ولدته في ملكه اذا كان قوله في ملكه راجعاً الى الوالدة او الولادة واما اذا رجع الى الولد فهو كقوله ولدته مملوكاً له ولذلك جزم في المبسوط بانه يحكم بملكه له وفي التذكرة انه يحكم به نه قطعاً ولعلهما نظرا الى ان المتبادر من ذلك هو المعنى الاخير (قوله) ﴿ ولو بلغ واقراً بالعبودية حكم عليه ان جهلت حرية ولم يقر بها اولا ﴾ عندنا اذا كان عاقلاً رشيداً كما في المبسوط وقطعاً كما في جامع المقاصد وبه جزم في التذكرة والتحرير لمعوم اقرار العقلاء على انفسهم جائز وينبغي ان يقيد بما اذا لم يستلزم الاقرار ضياع حق آخر او الزامه بحق وقد تقدم الكلام فيه في باب البيع (قوله) ﴿ ولو اقر اولا بالحرية ثم بالعبودية فالاقرب القبول ﴾ كما في التحرير والايضاح وجامع المقاصد لمعوم نفوذ اقرار العقلاء على انفسهم ولانه يشبه ما اذا انكرت المرأة الرجعة ثم اقرت (قلت) ليس به ويشبه ما اذا قال هذا ملكي ثم اقر به لغيره وجزم في المبسوط والتذكرة بانه لا يقبل لانا حكمتنا بحريته واكثرنا احكامها من اخراج الجهاد والطلاق ويريد بهذا الاقرار اسقاط ذلك عن نفسه فلا يقبل ولان الحكم بالحرية بظاهر الدار قد تأكد باعترابه عن نفسه فلا يقبل منه ما يناقضه كما لو بلغ واعرب عن نفسه بالاسلام ثم وصف الكفر فانه لا يقبل منه ويحمل مرئياً ولانه اعترف بالحرية وهي حق لله تعالى فلا يقبل رجوعه في ابطالها (قوله) ﴿ ولو اقر بالعبودية اولا لواحد فانكر لغيره فاشكال ينشأ من الحكم بحريته برد الاول اقراره ومن عموم قبول اقرار العاقل ﴾ (الاول) خيرة المبسوط لان اقراره الاول تضمن نفي الملك لغيره فاذا رد المقر خرج عن كونه مملوكاً له ايضاً فكان حراً بالاصل والحرية مظنة حقوق الله تعالى والعبادة (والعبادة) فلا سبيل الى ابطالها بالاقرار الثاني (وفيه) ان اقراره الاول تضمن ثبوت الرقية المطلقة واستنادها الى زيد ولا يلزم من ابطال الثاني ابطال الاول فردّه لا يقتضي حرية وانما قضي بان الرقية ليست له ولهذا لو رجع عن الانكار الى الاقرار قبل وربما لم يكن عالماً بالحال او كان غافلاً او تعمد الكذب وشيئاً من ذلك لا يمنع قبول اقراره الثاني لان احتمال الصدق قائم فيجب قبوله (والنشأ الثاني) خيرة التذكرة

ولو سبق منه تصرف فان اقيم بينة على الرق جعلت التصرفات كأنها صدرت من عبد غير مأذون ولو عرف رقه باقراره لم يقبل فيما يضر بالغير فيستمر النكاح لو كانت امرأة وبثبت للسيد اقل الامرين من المسمى ومهر المثل والاولاد احرار وعدتها ثلاثة قرو وفي الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام « متن »

والتحرير وجامع المقاصد لمعوم قبول اقرار العقلاء ولما عرفت وهو الاقرب (قوله) ❁ ولو سبق منه تصرف فان اقيم بينة على الرق جعلت التصرفات كأنها صدرت من عبد غير مأذون ❁ كما في التحرير فتتقضى لانه قد ظهر فسادها لانها كانت من دون اذن سيده ويسترد ما دفع اليه من الزكوة والميراث وما انفق عليه من بيت المال وتباع رقبته فيها كما في التذكرة (قوله) ❁ ولو عرف رقه باقراره لم يقبل فيما يضر بالغير ❁ قد (يقال) اذا قبلتم اقراره في الرق الذي هو الاصل فانه يجب قبوله في احكامه التي هي فروع له مما يضره او يضر غيره او ينفعه (ويحجب) بان الشأن فيه كما هو الشأن فيما لو اقر على نفسه وعلى غيره فان اقراره يقبل عليه ولا يقبل على غيره فلا ينضي هنا في الاحكام التي تفسر بغيره ولم اجد في ذلك تأملاً ولا اشكالا ممن تعرض له (قوله) ❁ فيستمر النكاح لو كان امرأة ❁ اذا بلغ اللقيط وكان انثى ثم عقدت على نفسها عقد النكاح ثم اقرت بالرق فعلى القبول فيما لا يضر بالغير فالنكاح صحيح في حق الزوج فانه لا يبطل حقه بمجرد اقرارها بما يضر به وان كان فاسداً بالنسبة اليها فان كان قبل الدخول فلا شيء على الزوج لاقرارها بفساد النكاح والنكاح الفاسد لا يجب فيه المهر الا بالدخول (قوله) ❁ وبثبت للسيد اقل الامرين من المسمى ومهر المثل ❁ اي اذا اقرت بعد الدخول فانه لا يثبت للسيد الا اقل الامرين من المسمى ومهر المثل كما في التذكرة وجامع المقاصد وفي التحرير انه يثبت له اقل الامرين من المسمى والعشر او نصفه ونحوه ما في الدروس حيث قال يثبت له الاقل من المسمى والعقر وهذا اختيار منه لاحد القولين فيمن وطئ جارية جاهلاً بالتحريم فالأكثر على انه يجب عليه مهر مثلها (وبعضهم) ذهب الى انه يجب عليه العشران كانت بكرًا ونصفه ان كانت ثيبًا للرواية (ورد) بان ذلك ورد فيمن اشترى جارية ووطئها وكانت حاملاً واراد ردها وتام الكلام في محله (وكيف كان) ففي ما لثنا يثبت للسيد اقل الامرين لانه ان كان المسمى اقل فالزوج ينكر وجوب الزيادة وقولها غير مقبول في حقه وان كان الاقل مهر المثل فهي وسيدها مقرآن بفساد النكاح متفقان على ان الواجب مهر المثل فلا يجب ما زاد عنه وان سمياه كما في التذكرة وفي جامع المقاصد انه قريب ولعل الظاهر ثبوت ما زاد اذا اجاز وهذا اذا لم يكن قد سلم الزوج المهر اليها فان كان قد سلمه لم يكن للسيد المطالبة لما نقرر من عدم سماع اقرارها فيما يضر بالغير (قوله) ❁ والاولاد احرار ❁ كما في التحرير والتذكرة صيانة لحقه لعدم قبول قولها كما ادعانا النكاح لذلك فلا يجب على الزوج قيمتهم ونسلمها الى الزوج تسليم الاحرار (اخرائرخ ل) ولا نبالي بتعطيل المنافع على السيد والا لعظم الضرر على الزوج (قوله) ❁ وعدتها ثلاثة قرو ❁ كما في التحرير والتذكرة وجامع المقاصد لان النكاح اثبت له الرجوع فيها جميعها فليس لها اسقاطه بالاقرار واما البائن الحائل فله حق التصريح في بعض اقسامها بالخطبة في العدة ويحرم على غيره واما البائن الحامل فان قلنا ان النفقة لها دون الولد سقطت باقرارها وتصديق سيدها فيبقى حقه بغير معارض (قوله) ❁ وفي الوفاة اربعة اشهر وعشرة ايام ❁ كما في جامع المقاصد لان الحداد حق للزوج وفي تمجيد النكاح اضرار بالورثة لانهم يتألمون بذلك وفي التحرير والتذكرة انها تعتد عدة الاماء بشهرين وخمسة ايام والفرق ان عدة الطلاق حق الزوج وانما وجبت صيانة لثاته ولذلك لا تجب قبل الدخول (قلت) قد حرر في محله ان وجوبها من باب الحكمة لا العلة واما عدة الوفاة فهي حق لله عز وجل لا حق فيها للزوج فلا مراعاة فيها لجانبه فتأمل ولو كان ذكراً واقر بالرقية بعد النكاح قبل الدخول ففسد النكاح

ولو قذفه قاذف وادعى رقه وادعى هو الحرية تقابل اصلاً براءة الذمة والحرية فيثبت التعزير
ولو قطع حريده تقابلاً ايضاً لكن اقرب هنا القصاص لان العدول الى القيمة مشكوك فيه
ايضاً بخلاف التعزير المعدول اليه فانه متيقن « متن »

في حقه وعليه نصف المهر وان كان بعد الدخول فسد وعليه المهر كاملاً وولده حر كأمه وهل يتبع بالمرء او
يتعلق برقبته احتمالان ولا تبطل نصرته السابقة (قوله) ولو قذفه قاذف وادعى رقه وادعى هو الحرية تقابل
اصلاً براءة الذمة والحرية فيثبت التعزير وفقاً لحدود الخلاف والشرائع والتحرير والكتاب والمختلف
وكشف اللثام عملاً باصالة البرائة وبحصول الشبهة الدارئة للحد او لان الاصلين تساقطا فرجعنا الى المتيقن
وهو التعزير وخلافاً للجسوط في البابين ولقطة الشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والدروس وجامع المقاصد
والمسالك وكذا مجمع البرهان حيث اوجبوا الحد التام عملاً باصالة الحرية وذهاباً الى ان اصل البرائة هنا لا
يصلح للتمسك به ولا للتقابل لانه مقطوع باشتغال الذمة بقوة قذف من حكم بحرته وجرت احكام الاحرار
عليه حتى القصاص له (وليعلم) انه قد قال في الدروس ان القول قول المقذوف مع يمينه وهذا بقضي انه لا
بد من تخليفه وهو قد يظهر من الباقيين (وليعلم) ان هذا من المصنف رجوع الى اصل الباب اي لو قذف
اللقيط قاذف وان هنامسالتين (اولى) ادعاء المقذوف حرية نفسه والقاذف رقه وهذه هي المفروضة في كلامهم في
البايين (والثانية) ادعاء القاذف رقية نفسه حتى يكون عليه نصف الحد بناء على القول الضعيف في المسألة
وادعاء المقذوف الحرية حتى يكون عليه تمام الحد بناء على المشهور وهذه هي المفروضة في حدود الكتاب ولما
اتخذ مأخذ القولين في المسألتين كانتا من منخ واحد وصحت نسوة المصنف بينهما في حدود الكتاب نوسعا
وفرض المسألة المقدس الارديلي في عبارة الارشاد في قذف اللقيط الصغير وان الحاكم هو الذي يحد القاذف
لانه وليه وهو خطأ في خطأ في حمل العبارة وفي ثبوت الحد بقذف الصبي اذ ليس فيه الا التعزير وهذا وحيث
لا نقول بوجوب الحد فلا اشكال في وجوب التعزير كما في المسالك ولا نزاع فيه كما في مجمع البرهان (قوله)
ولو قطع حر يده تقابلاً ايضاً لكن الاقرب هنا القصاص اي لو قطع حر يد اللقيط فادعى القاطع
رقه وادعى هو الحرية تقابل اصل براءة الذمة والحرية لكن الاقرب هنا ثبوت القصاص كما جزم به في التذكرة
والدروس وفي جامع المقاصد انه العتمد وفي الايضاح انه الاصح وقد اخذ في التحرير والمسالك ثبوت القصاص
في ضمن كلامهما مسلماً بل في الاخير نفي الخلاف عنه وانت اذا لحظت ما ذكرناه في الجناية على النفس عرفت
ان لا تقابل بين الاصلين وعرفت ضعف ما ذكره في التوجيه اثباتاً ونفياً (قوله) لان العدول الى
القيمة مشكوك بخلاف التعزير المعدول اليه فانه متيقن هذا دفع ما عساه يقال ان الحكمين في المسألتين
متنافيان لان تقابل الاصلين قائم فيهما فالحكم بالتعزير هناك لاحتمال الرقية وبالقصاص هنا الذي لا يثبت
الا على تقدير الحرية مما لا يجتمعان فاجاب بما اوضحه في الايضاح وهو انه لما كان التعزير جزءاً من الحد
وووجب الكل يستلزم وجوب الجزء فلما فككنا هذا وجب الحد فالتعزير ثابت وكل ما لم يجب الحد والتعزير
ثابت ايضاً لانها مانعة خلو لعدم خلو الامر عنهما فالعدول من الحد الى التعزير عدول من ظاهر الى متيقن
لان الظاهر الحرية شرعاً واما المعدول عن القصاص الى القيمة فعدول عن الظاهر وهو الحرية الى متكوك
فيه (واعترضه) في جامع المقاصد بانه يشكل الفرق فان التعزير غير واجب على تقدير الحرية بل الواجب قدره
في ضمن الحد والتعزير هو ذلك القدر المخصوص دون ما زاد فالعدول اليه ايضاً عدول الى مشكوك فيه وبانه
ينتقض بما ذكره سابقاً في الجناية على النفس قال ولا يتوهم ان الاقتصاص (القصاص خ ل) في الطرف اسهل
منه في النفس لان الاقتصاص في الطرف قد يسري الى النفس وبان قوله لان العدول الى القيمة مشكوك

ولا ولاية للملتقط عليه بل هو سائبة يتولى من شاء (الفصل الثاني في الحيوان) ويسمى ضالة ويجوز لكل بالغ عاقل على كراهية « متن »

فيه يقتضي انحصار الحال في المدول الي القيمة التي هي فرع الرقية ولم لا يجوز ان يكون المدول الى الدية التي هي فرع الحرية او اقل الامرين الذي هو المتيقن على كل من التقديرين ثم قال والحق ان كل ذلك ضعيف (ونحن نقول) ان الفرق بقول مطلق بين القصاص وحد القذف ظاهر لان الثاني اقرب سقوطاً بالشبهة من القصاص فافترقا وان المقصود من الحد الزجر وذلك حاصل في المدول (المدول خ ل) اليه والمقصود من القصاص التنبي وذلك لا يحصل باخذ المال (واما) ما اورده على ما اشار اليه المصنف من الفرق فجوابه ان الحد والتعزير ليسا من الامور التي يختلف الحال فيها بكون احدهما في ضمن الآخر وجزء له او اصلاً وانما المطلوب فيهما معاً مجرد التعزير فالتعزير الواقع من التعزير مشترك بين الحد والتعزير فيثبت التعزير على كل من تقديري الحرية والرقية انما يتجه الفرق لتمييزا بالنية ونحوها (وعلى الثاني) ان الفرق بين العرف والنفس من الواضحات فليلاحظ باب القصاص اذ الفرق بين السن والراحية والاصبع واليد وبين النفس امر واضح واستوضح ذلك فيما اذا قال له ان لم تقتل زيدا تقتلك وبين قوله ان لم تقطع يده او اصبعه او انفه او عينه والا تقتلك فان الاكثر جوازاً له قطع طرفه حفظاً لنفسه واطبقوا على عدم جواز قتله حفظاً لنفسه (وعلى الثالث) ان الامر دائر بين الحرية والرقية والاصل في الاولى القصاص والتنبي والمقابلة بمثل فعله وليس في الدية تشف ولا تثبت الا صلاحاً والاصل في الرقية القيمة فالامر في الاصل منحصر في المدول الى القيمة ولا مجال لاحتمال الدية كما هو واضح (قوله) ﴿ ولا ولاية للملتقط عليه بل هو سائبة يتولى من شاء ﴾ قد تقدم الكلام

﴿ الفصل الثاني في الحيوان ﴾

(قوله) ﴿ ويسمى الضالة ﴾ كما صرحت بذلك عباراتهم وافصحت به رواياتهم (قوله) ﴿ ويجوز لكل بالغ عاقل على كراهية ﴾ كما طفحت به عباراتهم وفي المبسوط في الضالة روى اصحابنا كراهية اخذها مطلقاً ومثله قال في الخلاف وفي التذكرة ان الالتقاط ان كان في غير الحرم كان مكروهاً عند علمائنا ذكر ذلك في موضعين من التذكرة في اللقطة والضالة وقال في موضع ثالث اخذ اللقطة مطلقاً عندنا مكروه ونأكد فيها تكثير فائدته ونقل قيمته ونأكد في مطلق اللقطة للفاسق واكد منه المعسر وفي جامع المقاصد الاجماع على الكراهية في الضالة اذا لم يتحقق التلف وفي السرائر اخذ اللقطة عند اصحابنا على الجملة مكروه لانه قد روي في الاخبار انه لا يأخذ الضالة الا الضالون وفي الكفاية ان المعروف ان اخذها في موضع الجواز مكروه وفي الرياض انه مذهبهم معروف بينهم ولم يفرقوا بين الصامت والحيوان وفي مجمع البرهان حيث اخذ في الاستدلال على الكراهية في اللقطة والضوال قال يدل على الكراهية بعد الاجماع المفهوم من التذكرة النعي الوارد في الروايات وذكر الاخبار الواردة في اللقطة وفي الخبر اياكم واللقطة فانها ضالة المؤمن وهي حريق من حريق جهنم فتأمل وفيه لا يأخذ الضالة الا الضالون كما سمعته عن السرائر وفي الصحيح في الضالة ما احب ان امسها وروى العامة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم لا يأوي الضالة الا ضال قال في المبسوط وقيل لا يؤوي بضم الياء وهو الاصح وروى العامة ايضاً عنه صلى الله عليه وآله وسلم ضالة المؤمن من حريق النار اي لها (واما) الاخبار التي تدل على الكراهية في المال الصامت فكثيرة جداً وهي تدل على ما نحن فيه دلالة ظاهرة (ثم انه) اذا اخذ اللقطة ضالة او غيرها يكون قد عرض نفسه لاحتمال الوقوع في الحرام لان حفظها وتعريفها ودفعها لو اصفها امور دقيقة واستدل جماعة منهم صاحب جامع المقاصد بالخبر لا يأكل من الضالة الا الضالون ومثله الآخر بدون من ومثله الآخر الضوال لا يأكلها الا الضالون اذا لم يعرفوها وليس

الا مع تحقق تلفه « متن »

يجيد لورودها في الاكل دون الاخذ الذي هو محل البحث بل ربما كانت في الاخير اشعار باختصاص المتع بالاكل دون الاخذ فتأمل وكأن كلام جامع المقاصد في المقام غير محرر و يعلم من ذلك ان حفظ مال المسلم غير واجب ما لم يكن متصرفاً فيه وتحت يده وحكي في التذكرة وجهان عن ابي حنيفة بوجوب احذ اللقطة لكون المؤمنين بعضهم اولياء بعض فيكون كولي الايتام وان حرمة مال المسلم كدمه والجواب ظاهر وظاهر المنفعة والنهاية انه لا يجوز اخذ الضالة اذا كانت في كلاء وماء قالوا فان وجد بعيراً قد خلاه صاحبه من جهد وكلال وكان في كلاء وماء لم يجوز اخذه فان وجد في غير كلاء ولا ماء كان له اخذه ولم يكن لاحد بعد ذلك منازعته وكذلك ان وجد دابة فالحكم فيها كالحكم في البعير سواء وقال في الدروس وظاهر الشجيين التحريم في الحيوان هذا ويندرج في البالغ المرتد عن فطرة مع انه ليس له ان يلتقط قال في جامع المقاصد لو التقط بني كلى انه لو حاز المباحات هل تنتقل الى ذريته ام لا فيجوز انتزاعها من يده لكل احد فهمما حكم به هناك يأتي مثله هنا (قلت) الاقرب انه لا ينتقل الى ورثته لان وجوب قتله في كل آن ينافي جواز تملكه لشي من الاشياء في آن من الاناث فحينئذ لا حكم للتقاطه بل تكون اللقطة في يده كما لو كانت في الارض لكل احد اخذها من يده ويكون هذا الاخذ التقاطاً من الاخذ وانما يورث عنه ما يدخل في ملكه ويخرج بالبالغ العاقل الصبي والمجنون وعبرة الشرائع تؤذن بالتأمل في جواز التقاطها الضالة قال واما الصبي والمجنون فقطع الشيخ (ره) فيهما بالجواز لانه اكتساب وينتزع ذلك الولي ويتولى التعريف سنة فان لم يات مالك فان كان النبط في تملكه وتقسيمه اياها فعل والا ابقاها امانة وخيرة المبسوط هو الذي تعطيه عبارة الغنية وهو صريح النافع والشرائع ايضاً في تعريف الملتقط والتعريف والتذكرة والكتاب فيما يأتي والدروس واللمعة وغيرها وفي المسالك والكفاية انه مذهب الاكثر بل لم ينقل فيه خلاف وفي الرياض انا لم نقف على مخالف وما ابعده ما بين هذا وبين قوله في المفاتيح يشترط في الملتقط اهلية الاكتساب عند قوم واهلية الحفظ عند آخرين واحدى الاهليتين عند ثالث ولعل نظرم الى الكتاب والى كلامي الشرائع والا فالتبع يقضي بخلاف ما قال لكن ما حكي عن المبسوط انما ذكره في لقطة المال لا الضوال وبقي تمام الكلام عند تعرض المصنف له (وتنقيح البحث) ان يقال ان اخبار الباب الواردة في احكام اللقطة على كثرتها خاصة بالمكفنين بحكم التبادر وتضمنها الامر بالحفظ او التصديق او التملك ولا يتوجه الى غيره فالحكم بالجواز بمعنى ترتب احكام اللقطة عليه مشكل بعد اقتضاء الاصل عدم واما الجواز بمعنى الاباحة المتأهل للحرمة فهو من صفات المكفنين فلا وجه له في المقام لكن هذا الاشكال يقضي باعتبار الاهليتين معاً ولا قائل بذلك فتعين المصير الى ما عليه الاصحاب وقد يستفاد من بعض اخبار الباب (ولعلم) ان اللقطة تشتمل على نوع امانة وولاية واكتساب اما الامانة والولاية في ابتداء امرها لان الملتقط يجب عليه التعريف حولاً فهو في مدة الحول امين قد فوض اليه الشارع حفظها واما الاكتساب ففي انتهاء امرها لان له ان يملك اللقطة بعد الحول واما القلب ففيه وجهان (احدهما) ان فيه معنى الامانة والولاية لانها ناجزان والتملك منتظر فيناط الحكم بالحاضر ويبقى الآخر على الاول (والثاني) معنى الاكتساب لانه مال الامر ومقصوده فالنظر اليه اولى ولان الملتقط مستقل بالاتقاط واحاد الناس لا يستقلون بالامانات الا باتئان المالك ويستقلون بالاكتساب فاذا اجتمع في الشخص اربع صفات الاسلام والحرية والتكليف والعدالة فله ان يلتقط ويملك اجمعاً لانه اهل الامانة والولاية والاكتساب وان تخلف بعضها جاء فيه وجهان فالصبي والمجنون من اهل الاكتساب وليس من اهل الولاية والعبد له اهلية الامانة دون الولاية وفي اهليته للاكتساب خلاف والكافر والفاسق ليسا باهل للولاية والامانة ولهما اهلية الاكتساب كما ستسمع ذلك كله ان شاء الله تعالى (قوله) ❁ الا مع تحقق تلفه ❁ فانه لا كراهية في التقاطه اي الحيوان كما في المبسوط

وان كان عبداً او كافراً او فاسقاً التقاط كل حيوان مملوك ضائع لا يد لاحد عليه في القلاة متن

والشرائع والنافع والتذكير والدروس واللمعة والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض ويدل عليه بعد العقل الاصل وانتفاء الفائدة للمالك على تقدير تركها ولا يردّه رواية التاة حيث قال عليه السلام هي لك او لاختيك او للذئب وما احب ان امسها لانه يفهم منها عدم تحقق التلف بل استحباب في المبسوط له اخذها اذا كان اميناً في مفازة او في خراب او في عمران لكن الناس ليسوا أمناء وقال ابو علي لو اخذها لصاحبها حفظاً عن اخذ من لا امانة له رجوت ان يؤجر بل في الروضة والرياض انه قد يجب كفاية اذا عرف صاحبها (قوله) ❁ وان كان عبداً ❁ كما في المبسوط والخلاف والفتية وكشف الرموز والتذكير والتحرير والمختلف واللمعة وجامع المقاصد والروضة والكفاية وهو الذي استقر عليه رأيه في الشرائع في موضعين والنافع ومال اليه او قال به في التنقيح وظاهر التذكرة الاجماع عليه وهو كذلك لانه لم يعرف الخلاف الا من ابي علي والا فالقدماء بين من ظاهره ذلك وبين مصرح به كما قاله في الدروس وفي المختلف والدروس ايضاً انه المشهور وفي المسالك والكفاية انه الاشهر ولا يعجبني ذلك فلا اقل من التعبير بالمشهور لانحصار الخلاف في ابي علي كما عرفت ولم يتأمل احد قبل المحقق ثم انه وافق نعم صاحب الدروس استشكل وقد يقال انه مختار الفقيه لانه روى خبر ابي خديجة وقال في جامع المقاصد ان ظاهر التذكرة انه اجماعي ساكتاً عليه ومما يمكن ان يحتج به لابي علي خبر ابي خديجة عن الصادق عليه السلام قال ما للمملوك واللقطة المملوك لا يملك من نفسه شيئاً فلا يعرض لها وان الالتقاط يلزمه جواز التملك واللازم غير متحقق فينتفي المزموم مضاقاً الى الاصل واختصاص ما دل على جواز الالتقاط بالحرف لتبادره او لتصريح كثير من النصوص والفتاوى بجواز التملك والصدقة بعد التعريف وليس العبد اهلاً لها (واجيب) بان الخبر ليس صريحاً في التحريم فيحمل على الكراهية فتأمل ورماء في المسالك بان ابا خديجة مشترك بين الثقة والضعيف (قلت) قد صرح في الفقيه بسالم ابن مكرم واما في التهذيب فرواية احمد ابن عائد تعيينه والاصح عندنا توثيق سالم ابن مكرم فالخبر صحيح (ويجاب) عن الاستدلال بالاصل بان الاصل المستفاد من عمومات الاخبار الجواز كما في المبسوط والخلاف (وعن الثاني والرابع) بان يد العبد يد سيده فكأن السيد هو الملتقط والملك والمتولي للتعريف وكما يعتبر اصطياؤه واحتطابه يعتبر التقاطه ويكون الحاصل للسيد ولا اعتبار بقصده فلا وجه للاشكال ولا للاستدلال بان له اهلية الحفظ كما في موضع من الشرائع وغيرها وزيادة اهلية الاكتساب كما في آخر منها فكان كالصبي وبقي الكلام فيما اذا لم يعلم مولاه بذلك وعرفها بنفسه وغيره من الفروع التي تأتي في كلام المصنف في لقطة المال والفرض ان ليس التقاطه كالتقاط المرتد عن فطرة ومحل البحث ما اذا وقع بدون اذن المولى ونبيه فان كان الاول كأن قال له اذا وجدت خالة فخذها جاز عند علمائنا كما في التذكرة وان كان الثاني فهي كالمقتاة على الارض واما المكاتب والمدبر وام الولد فلم يلتقط من دون تردد كما في كشف الرموز وغيره (قوله) ❁ او كافراً ❁ كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وسائر ما تأخر بلا خلاف منا وفي المسالك ان للكافر والفاسق اهلية الاكتساب والا ظهر الجواز فيها بل لم ينقل الاصحاب فيه خلافاً وفي الكفاية الاشهر الاقرب عدم اعتبار الاسلام بل لم ينقل الاصحاب فيه خلافاً واولى بعدم اشتراط العدالة انتهى فتأمل في قوله الاشهر (قوله) ❁ او فاسقاً ❁ قد تقدم الكلام فيه وهو ايضاً مما لا خلاف فيه لاحد منا (قوله) ❁ التقاط كل حيوان مملوك ضائع لا يد لاحد عليه في القلاة ❁ التقاط فاعل يجوز وقد اقتصر في النافع على قوله كل حيوان مملوك ضائع وزيد في الشرائع والتذكرة لا يد لاحد عليه وبدخل في الكلية البعير الصحيح والذي في كلامه وغيره مما لا يجوز اخذه وكأنهما عرفا الحيوان الملتقط اعم من جواز لقطته وعدمه ولو قالوا الا ما يستثنى لكان اجود والمراد بالضائع الضال عن صاحبه سواء كان بيد ملتقط ام

فالبعير لا يؤخذ ان كان صحيحاً او كان في كلاً وماء فان اخذه حيث ضمته ويبرأ بتسليمه الى المالك والحاكم مع فقدته لا بارساله في موضعه ويرسله الحاكم في الحى فان لم يكن باعه وحفظ ثمنه للمالك ولو تركه من جهد في غير كلاً ولا ماء جاز اخذه « متن »

لا ومن ثم جما بينه وبين قولها ولا يد عليه ليخرج الحيوان الضائع عن مالكه بيد الملتقط فتأمل وخرج بقوله في الفلاة الضائع في العمران فانه لا يعد لقطة ولا يجوز اخذه (قوله) ﴿ فالبعير لا يؤخذ ان كان صحيحاً ﴾ كما في المقنع وسائر ما تأخر عنه حتى الرىاض صراحة او ظهوراً وما خالف فيه الا ابو حنيفة وفي الغنية من وجد ضالة الابل لا يجوز له اخذها باجماع الطائفة وفي الكفاية نسبته الى الاصحاب وفي غاية المرام الاجماع عليه وفي صحيح الحلبي وحسنه هشام ابن سالم بايراهيم عن ابي عبد الله عليه السلام فقال يا رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم اني وجدت بعيراً فقال معه خذائه وسقائه خذائه وخفه وسقائه كرشه وبني صحيح معوية ابن عمار قال وسئل عن البعير الضال فقال للسائل مالك وله خفه خذائه وكرشه سقائه خل عنه ونحوه مرسل الفقيه والمراد بالصحيح غير المكسور والمريض فيدخل المجهد ولا يفرق فيما اذا كان صحيحاً بين كونه في كلاء وماء او في احدهما ولم يكن واحد منهما (قوله) ﴿ او كان في كلاً وماء ﴾ اي وان كان غير صحيح كما في المقنعة والنهاية والمرام والوسيلة والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس والتنقيح وحامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والرياض ويعطيه اطلاق بعض الباقيين فيندرج في معقد اجماع الغنية وبني غاية المرام الاجماع عليه وقد بلوح اي الاجماع من التنقيح وفي الكفاية نسبته الى الاصحاب واطلاق الخبرين الاولين يتناولهما على الظاهر لكن في اللعنة والمفاتيح اذا وجد في كلاً وماء صحيحاً فيكونان مخالفين فتأمل ولعل كلام الاصحاب مقيد بما اذا قدر على الانتفاع بهما اي الكلاء والماء ولو كان بحيث لا يقدر على الانتفاع بهما لمرضه وتعبه فهو كعادهما لكن ظاهر اطلاق الاصحاب وروايي السكوني ومسمع يخالف ذلك كما ستسمع ولعل المدار على الترك المفيد للاعراض كما ستسمع والكلاء كجبل العشب رطبه وباسه (قوله) ﴿ فان اخذه ضمنه ﴾ بلا خلاف فيما اجد من الخاصة والعامة لانه اخذ ملك غيره بغير اذنه ولا اذن من الشارع هو كالغاصب والسارق (قوله) ﴿ ويبرأ بتسليمه الى المالك او الحاكم مع فقدته لا بارساله في موضعه ﴾ المخالف في ذلك ابو حنيفة ومالك لان عمر قال ارسله في الموضع الذي اسبته فيه (وفيه) انه كما لو سرق متاع غيره ثم طرحه في دار غيره (داره خ ل) فانه لا يزول ضمانه (قوله) ﴿ ويرسله الحاكم في الحى ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس والتنقيح وحامع المقاصد والمسالك والمراد الحى الذي حماه الامام خليل لمجاهدين والضوال (قوله) ﴿ فان لم يكن باعه وحفظ ثمنه للمالك ﴾ كما في المبسوط والشرائع والتحرير وقال في موضع من التذكرة ثم ان كان له حى تركها فيه ان رأى المصلحة في ذلك وان رأى المصلحة في بيعها او لم يكن له حى باعها بعد ان يصفها ويحفظ صفاتها ويحفظ ثمنها فقد خالف ظاهر الكتاب ومن واقفه اذ ظاهرهم ان الحاكم انما يبيعه مع فند الحى وخيرة التذكرة خيرة الدروس والتنقيح وفي جامع المقاصد والمسالك انه حسن ولو لم يجد الحاكم هل يجوز له بيعه ام لا الظاهر الثاني وعلى تقدير عدم البيع بقي في يد قابضه مضموناً الى ان يجد المالك او الحاكم ويجب عليه الاتفاق عليه وفي رجوعه به مع نيته وجهاً من دخوله على التعدي الموجب لعدم الرجوع كما في المذهب البارع وعليه نزل عبارة النافع وخلافه (وخالفه خ ل) وهو خلاف ما فهموه منها وينبغي القطع بعدم الرجوع وان وجب عليه الحفظ ومن امره بالاتفاق شرعاً حين يعذر عليه احد الامرين فلا يتعقب الضمان ولا ترجيح في المسالك والكفاية (قوله) ﴿ ولو تركه من جهد في غير كلاً ولا ماء جاز اخذه ﴾ كما في المقنعة والنهاية والمرام وسائر ما تأخر

عنها سوى المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والوسيلة فانه لم يذكر في الاربعة الاول ولا في المقنع وقد يظهر من اطلاق بعضها الخلاف وبه صرح في الوسيلة كما ستسمع وفي المختلف والتنجيح انه المشهور وفي الرياض ان عليه عامة من تأخر ودليلهم خبر السكوني عن ابي عبد الله عليه السلام ان امير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل ترك دابته من جهد قال ان تركها في كلاه وماء وأمن فهي له بأخذها حيث اصابها وان كان تركها في خوف وعلى غير ماء وكلاء فهي لمن اصابها ومثله خبر مسمع عن ابي عبد الله عليه السلام قضى امير المؤمنين عليه السلام في رجل ترك دابته بمضيعة فقال ان كان تركها في كلاه وماء وأمن فهي له بأخذها متى شاء وان تركها في غير كلاه وماء فهي لمن احيها وليس فيه تصرف بالجهد وقد اشترط في الاولى في الشرطية الثانية الخوف وقدر وي خبر مسمع في الدروس. التنجیح بترك المضیعة والامن وفيه ما لا يخفى وصحيح عبد الله ابن سنان عن ابي عبد الله عليه السلام قال من اصاب مالا أو بعيراً في فلاة من الارض قد كلت وقامت وسببها صاحبها لمالم تتبعه فاخذها غيره فاقام عليها وانفق نفقة حتى احيها من الكلال ومن الموت فهي له ولا سبيل له عليها وانما هي مثل الشيء المباح وهذه هي الاصل في الباب والا فالاولان في الدابة مضافا الى ما عرفت فيهما لكن الصحيحة قد اشتملت على الفلاة وقد قال اهل اللغة انها هي الارض التي لا ماء فيها او القفر وفسروا القفر بالخللاء من الارض وفسروا المغازة بالقفر كما يأتي بيان ذلك كله فكانت دالة على تمام المطلوب فتأمل (والظاهر) ان المراد بالمال فيها دابة اخرى غير البهي لا مطلق المال بقربه قوله قد كلت ووجود الدابة في الاولين وعدم ظهور الدليل في مطلق المال بل هو ظاهر في الخلاف كما يأتي ان شاء الله تعالى وقال في الوسيلة وان تركه صاحبه من جهد وكرال في غير كلاه ولا ماء لم يجوز اخذه بحال ولعله استند الى الصحيحتين والحسنة اللاتي تقدم ذكرها ولعل نظر من ترك ذلك لذلك ولم يقل ان اخبار هذه مقيدة لما عرفت من حالها وقد يكون الوجه في الباب الاعراض المستفاد من اخباره فانه اذا كان الاعراض على وجه عدم الرجوع فيه بالكلية مع كون البعير بحيث لو لم يأخذه لمات فلا اشكال في الجواز فللمدار على هذا الاعراض ويرشد اليه قول امير المؤمنين عليه السلام في صدر خبر مسمع في الدابة اذا سرحها اهلها او عجزوا عن علفها او نفقتها فهي للذي احيها لكن هذا يقضي بعدم الفرق بين ما اذا خلاه في ماء دون كلاه وبالعكس او خلاه في فلاة عادمة لها او خلاه فيهما بحيث لا يقدر على الانتفاع بهما بنفسه لمرضه وتعبه كما نهبنا عليه آتفاً والثاني هو المشهور وقد يفهم الاول من الصحيحة حيث اقتصر فيها على ذكر الفلاة وجعل المدار على احيائها والاعراض عنها حيث قال كذبت وسيبها اهلها وهو خبره المحقق الثاني والشهيد الثاني والمقدس الاردبيلي كما ستعرف (ويبقى الكلام في الثالث) وظاهر خبري السكوني ومسمع وظاهر جماعة وصرح آخري ان لا بد في اخذه من الشرطين اعني الترك من جهد وكونه في غير كلاه وماء فلو انتفى احدهما بان ترك من جهد في كلاه وماء او من غير جهد في غيرهما او انتفى كل منهما بان ترك من غير جهد فيهما لم يجوز اخذه وقد حكى عن الصيرفي انه حكى على ذلك الاجماع وقد يلوح ذلك اي الاجماع من التنجیح فلا يتم الثالث وقد يكون ذلك ليحقق العلم بالاعراض المذكور الذي عليه المدار في الباب فلو علم بدون ذلك جاز فتأمل وفي جامع المقاصد ان ظاهر قول امير المؤمنين عليه السلام انه اذا تركها في غير كلاه ولا ماء فهي للذي احيها ان اتركه في كلاه ولا ماء هناك وبالعكس تؤخذ لانتفاء الامرين ولانهم لا يعيش بدون الماء وضعفها يمنعها من الوصول اليه اي الماء فتأمل فيه ونحوه ما في الزوارة وقال في المسالك ولو وجدته في كلاه بغير ماء وبالعكس فكيف اقدمه لانه لا يستغني باحد مما عن الآخر مع وقوفه وقد دل على ذلك صحيحة عبد الله بن سنان وساقها وهو اجود وما ذكر يعلم حال الفلاة المشتمة على احدهما فهل هي بحكم عادتها او بحكم المشتمة عليها قولان (الاول) خيرة المحقق الثاني والشهيد الثاني في كتابه كما عرفت والمقدس الاردبيلي وصرح بالتنجیح اختيار (الثاني) والاول اقوى لانه يبيهم منه ان الترك بنية الاعراض (ويبقى الكلام) في بعير اخرج او مريض في غير كلاه ولا ماء قبل ضل عنه صاحبه ولم يتركه فانه لا يملكه ويدفعه الى البطلان او يستعين به

ويملكه الواحد فلا ضمان وفي رد العين مع طلب المالك اشكال وكذا التفصيل في الدابة والبقرة والحمار « متن »

في نفقته فان تعذر اتفق ورجع اذا نواه وحينئذ فالاقرب وجوب تعريضه سنة وجواز التملك بعده كما يأتي مثله هذا اذا كان مثل هذا ممتنعا من صفار السباع واما اذا كان غير ممتنع منها فظاهره الحاقه بالشاة في القلاة ويأتي تمام الكلام وتنقيحه (قوله) * ويملكه الواحد * كما صرح به في المنفعة والمراسم والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح والدروس والتنقيح وجامع المقاصد وغيرها مما تأخر عنها ولعله معنى قوله في النهاية ولم يكن لاحد منازعته لان معناه على الظاهر انه لو اقام مالكة البينة لم يتزعه وكذا لو صدقه الملتقط وفي الكفاية انه لا يعرف فيه خلافا وفي الرياض ان عليه عامة من تأخر للاخبار الظاهرة بل الصريحة في ذلك كما في جامع المقاصد وغيره ومرادنا بها الصحيحة والخبران الواردان في الدابة (قوله) * ولا ضمان * كما صرح به في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح وجامع المقاصد والمساالك وجمع البرهان ولم اجد فيه مخالفا واما الخلاف في الشاة كما يأتي وخط في المفاتيح فجعلها من سنخ واحد وقال في الضمان قولان وهو غلط قسما والفارق النص وتحقيق الاعراض هنا وليس الاعراض شرطا في الشاة اجماعا وتبع صاحب المفاتيح شيخنا صاحب الرياض كما يأتي وفي جامع المقاصد ان الصحيحة نص صريح في عدم الضمان (قوله) * وفي رد العين مع طلب المالك اشكال اصحه عدم الرد * كما هو خيرة التحرير والدروس وجامع المقاصد للنص الصريح في الصحيحة كما في الاخير قال وفي اخص من قول ابي جعفر عليه السلام من وجد شيئا فهو له فليمتنع به حتى يأتيه طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه وفي الايضاح انهما عامتان والترجيح للثانية وقوى ان مالكتها اخذها ونحن نقول في كلاميهما معا نظر واضح بل نقول لا وجه للاشكال فيه لانه لا ريب في ان هناك عمومين متعارضين يمكن تخصيص احدهما بالآخر لكن الترجيح للصحيحة لصراحتها وصحتها وكونها الاصل في الحكم في الاصل فن قال به في الاصل ينبغي له ان يقول به هنا مع اعتضاها بمجبري سماع والسكوني مضافا الى موافقتها للحكمة والاعتبار لانه اتعب نفسه وبذل ماله في احيائه فلا يتناسب في حكمة الشارع تكليفه بالاعطاء مجانا ولا قائل بالفصل فينقطع الاستصحاب ان كان اذا الظاهر انه لا خلاف في خروجه عن ملك مالكة كما في مجمع البرهان والظاهر ان دخوله في ملك الآخذ كان لازما وخروجه عنه وعوه يحتاج الى دليل (سلمنا) لكنه اقتطع بالصحيحة (واما) الرواية الاخرى فهي رواية حماد بن عبد الله عن ابي جعفر عليه السلام وهي غير صحيحة ولا صريحة مضافا الى بعد تحكيكها في الصحيحة كما سنسمع (واما) غيرها مما تضمن ما فيها مثل صحيحة علي بن جعفر فانما هي في الفالة بعد التعريف وليس منها البعير فكان الترجيح لعموم الصحيحة من وجوه فنقيدها بعموم خبر حماد عن مولانا ابي جعفر عليه السلام فيكون المراد من قوله عليه السلام فاذا جاء طالبه رده اليه الا اذا كان بعيرا احياء الآخذ من الموت وقد سببه مالكة معرضا عنه جمعا بين الادلة واما تقييد الصحيحة بالخبر حتى يكون المراد ما لم ينجى طالبها فهو بعيد عن نحوى قوله عليه السلام لا سبيل له عليها وهو كالشيء المباح فانه صريح او كالصريح في انه ليس له المطالبة فقد اتضح الحال وارتفع الاشكال ولا ترجيح في التنقيح (قوله) * وكذا التفصيل في الدابة والبقرة والحمار * حكم الدابة حكم البعير في انها لا تؤخذ اذا كانت صحيحة او كانت في كلاً وماء على اختلافهم في التعبير في البعير والعبرة الجامعة ان يقال اما ان حكمها حكم البعير في انها لا تؤخذ حيث لا يؤخذ فقد صرح به في المنفعة والنهية والمبسوط والخلاف والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والدروس واللغة والتنقيح وجامع المقاصد والمساالك والزروضة والكفاية والرياض وهو قضية كلام

أما الشاة فتؤخذ وتغير الأخذين حفظها للملكها أو دفعها إلى الحاكم ولا ضمان فيهما وبين تملكها والضمان على أشكال « متن »

السراير وفي التنقيح ان عليه الفتوى وفي الكفاية انه المعروف من مذهب الاصحاب وفي الرياض انه لا خلاف فيه وقد دل عليه خبراً مع السكوني بل والصحيحة كما تستمع ومثلها البغل كما في المبسوط والخلاف وكشف الرموز والسالك والمفاتيح ونظريه صاحب الكفاية (قلت) الا الحاق هو الاصح للصحيحة السالفة بناء على ما هو الظاهر منها من ان المراد بالمال فيها خصوص الحيوان الضال كما بعطيه سوقها وبه صرح جماعة وان المستفاد من النصوص لمكان العلة المسمى اليها ومنصوص العلة باقسامه حجة ان وجه الحكمة في جواز التقاط البعير وعدمه انما هو الامن من تلفه بامتناعه من صفار السباع وعدمه (والمراد) بالبغل البغل الصحيح واما الحاق البقرة للصحيحة بالبعير في عدم اخذها حيث لا يؤخذ فهو خيرة الخلاف والمبسوط والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وفي التنقيح ان عليه الفتوى وقد يكون ظاهر السراير وكذا اللعنة حيث قال في الاخير البعير ونسبه وقرب العدم في الكفاية وقد عرفت الوجه في الحاق (١) (واما الحمار) الصحيح فقد الحق بالبعير كذلك في الخلاف والشرائع وكشف الرموز والتذكرة وجامع المقاصد والرياض وفي التنقيح ان عليه الفتوى وقد قرب في التحرير والمسالك والكفاية جواز اخذه وقد يقتضيه كلام الجماعة ولا ترجيح في الدروس ولا ريب ان الحمار لا يمتنع من الذئب فلعل الوجه فيه التفصيل بين ذات الذئب من الارض وغيرها فيؤخذ في الاولى دون الثانية (ولك) ان نقول ان الحمار شابه البعير في الصورة وفارقه في العلة لانه لا صبر له على الماء وسأوى الشاة في العلة لانه لا يمتنع من الذئب والحاق الشيء بما ساواه في العلة وان فارقه في الصورة اولى من العكس (وفيه) ان الفرس مساوية للشاة في العلة واما اذا ترك الدابة او البقرة او الحمار من جهد في غير كلاً وما فلا ريب في جواز اخذه كما في خبري مسمع والسكوني مع الايمان للعلة وبه صرح في الشرائع والتذكرة والدروس (قوله) ﴿ واما الشاة فتؤخذ ﴾ يجوز اخذها ان وجدت في الفلاة عند علمائنا كما في التذكرة واجماعاً كما في المذهب البارع والمتمصر وغاية المرام فيما حكى عن الاخير وبلا خلاف كما في المسالك والكتابة وابن عبد البراء (كذا) نقل اجماع العامة على ان خالة الغنم في الموضع المخوف عليها له اكلها وقد دلت عليه الاخبار الصحيحة الصريحة في ذلك كصحيحة معوية بن عمار وصحيحة الحلبي وحسنة هشام ابن سالم ثم انها لا تمتنع من صفار السباع فكانت كالثالفة لا فائدة للمالك في تركها له (قوله) ﴿ ويغير الاخذ بين حفظها للملكها او دفعها للحاكم ولا ضمان وبين تملكها والضمن على أشكال ﴾ اما تغييره بين الامور الثلاثة فقد صرح به في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية والرياض وغيرها وفي مجمع الدرهان نسبته الى الاكثر وهو معنى قوله في المبسوط انه يغير بين ثلثة اشياء اما ان يأكلها على ان تكون القيمة في ذمته اذا جاء صاحبها ردها عليه وان شاء ان ينفق عليها تطوعاً وان شاء ان يرفع خبرها الى الحاكم ونحوه ما في الوسيلة والمرام والسراير ودليله انه مال التقطه فله تملكه كما دلت عليه الاخبار في سائر اقسام القطة بل في التحرير جاز اكل الشاة في الحال باجماع العلما انتهي وقال

(١) ويبقى الكلام في شيء اخر وهو ان البئر لا يصبر من الماء كالبعير وليس له عدو كعدو القرس حتى يصل الى الماء او الكلاً من قبل ان يملك فاذا وجد صحيحاً في مغارة بعيدة عن الماء بفراخ والحال انه لا يجتدي الى الماء ربما يقال يجوز اخذه وليس كذلك لانه راجع اليه صاحبه قبل ان يملك لان من اضل شيئاً طلبه في موضع اضله فالمدار حيث لا يعلم الاعراض على الامتناع من الساع فالتعليل بعدم الصبر عن الماء كما في الدروس وغيره عليل « منه ق »

في المذهب البارع يجوز تملكها فيها في اخل من غير تعريف باجماع العلماء وله تبييته في يده لانه امين اخذ شيئاً ليحفظه للملك وله دفعه الى الحاكم لانه نائب الغياب ومنصوب المصالح ل قد نقول انه يجب عليه القبول كما مر في الودعة (واما) انه لا ضمان عليه حيث يحفظها للمالك او يدفعها للحاكم فقد طفت به عباراتهم وحكي عليه الاجماع في الابضاح والمساك وعن غاية المرام (المراد خ ل) (ودليله) الاصل فيهما وانه امين في الاول بل تدل عليه صحيحة محمد بن مسلم عن احدهما عليهما السلام وانه وكيل المالك في الثاني فلا ضمان (واما) انه يضمن حيث يملكها فهو خيرة النافع والتجريد والارشاد والتبصرة والدروس وجامع المقاصد وفي التقييد والروضة انه احوط وفي المسالك اظهر وفي اللعمه له وجه وفي المسالك والكفاية انه اشهر وفي القنعة والنهاية والمرامم انه يأخذها وهو ضامن لقيمتها ولم يصرح في هذه الثلاثة بانه يملكها ولم يقيد الضمان في جميع ما ذكر بما اذا اظهر المالك وفي المبسوط والسرائر له ان يأكلها على ان تكون القينة في ذمته اذا جاء صاحبها ردها اليه ونحوهما ما في الوسيلة وفي الابضاح انه يفرم اذا وجد وطلب ومنسجم الفرق بين الغرامة والضمان (واما) عدم الضمان وملكها مجاناً في الحال كالبعير المتروك من جهد في غير كلاً ولا ماء فلم نجد معصراً به غير ما لعله يظهر من انتع من قوله اذا وجدت الشاة فخذها فانما هي لك او لاختك او للذئب ومثله قال ابوہ في رسالته وقد نسب هذا القول الى ظاهرهما ابو العباس وقواه في المختصر ولم نجد غيره نعم المصنف هنا استشكل والمحقق في الشرائع تردد وقال صاحب الكفاية لعله اقرب لمكان اللام في الروايات الصحيحة ونحوه ما في المفاتيح وكذلك الرياض فن العجيب ما في الابضاح من قوله ان الاصحاب اطلقوا انه يملكها من غير تقييد بضمان مع ان من تقدم عليه اما معصراً بالاخذ والضمان من دون ذكر ملك او بالاكل والضمان او بالملك والضمان فلم يكن اكلامه مصداق الا ما لعله يظهر من الصدوقين هذا وكلام المبسوط وما وافقه قد يعطي الغرامة كما في الابضاح لكنهم لم يذكروا الطلب والفرق بين الغرامة والضمان ان الضمان يثبت في الذمة قبل مجي المالك ومطالبته والغرامة تطلق على معنى عام شامل لما وللضمان وعلى خاص وهو ما يقبض عند المطالبة وتظهر الثمرة في وجوب الوصية به وتعلقه بتركته ان لم يعي المالك ويكون من الغارمين (والحاصل) انه يكون مديوناً على الاول وعلى الغرامة تتوقف هذه الاحكام على مطالبته فلو مات قبلها لم تجب في تركته ولا يكون مديوناً كما نبه عليه نجر الاسلام في حاشيته على الابضاح وتبعه ابو العباس ولم نجد هذا الاصطلاح لغيرهما في المقام ولا في المال الصامت كما يأتي هذا (واما) دليل القول بالضمان فقد قالوا انه الاستصحاب وانه مال الغير ولم يوجد دليل ناقل عن حكم ضمانه وانما المتفق عليه جواز تصرفه فيه لعموم على اليد ما اخذت وادلقررد المال الملقوط الى صاحبه مثل من زج شيئاً فهو له فليستع به حتى يجي طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه قالوا ولا ينافي ذلك ما في الصحاح مثل قوله عليه السلام لك او لاختك لان معناه الانتفاع به او انه ملك غير مستقر ولا لازم كسائر الاموال الملقوطة وان مثل ذلك موجود في ادلة المال الملقوط كقول الصادق عليه السلام في صحيحة الحلبي فان جاء لما طالب والا فعي كسبيل ماله مع انهم يجمعون على وجوب رده او قيمته الى المالك بل نقول ان الشاة من المال الملقوط فتكون داخلة تحت الاجماع (وحجة القائلين بالدم) ان الظاهر من المال الملك وان صحيحة عبد الله بن سنان صريحة في المالك بالاخذ وهي من اصاب مالا او بعيراً في فلاة الحديث وقد سمعته وبه تخصص العمومات المتقدمة واحتمال اللام الاختصاص الغير المتاني للضمان مردود بان الاحتمال لا يعارض الظاهر (قال) في الرياض واحتمال اختصاص الصحيحة بحيوان سبيه صاحبه فلا يتناول ما نحن فيه يتدفع بعدم القول بالفرق بين الاصحاب (قلت) اراد بذلك الرد على المحقق الثاني والشهيد الثاني في المسالك والمقدس الاردبيلي حيث فرقوا بان الصحيحة دالة على حيوان سبيه صاحبه لما لم يتبعه قالوا وهذا غير شرط في اخذ الشاة اذا كانت في الفلاة وادعى في المسالك الاجماع على ذلك وهو كذلك وقد اطبقوا هناك على عدم الضمان كما تقدم وهنا عكسوا الا من قل كما عرفت وكان شيخنا صاحب الرياض

عول في ذلك على المفاتيح فانه توم ذلك كما بيناه فيما سلف او على الروضة او الكفاية حيث اخذ الاول
الصحيحة دليلاً والثاني مؤيداً ولو تتبع لظفر بالقول بالفصل (وكيف كان) فالاولى الاستدلال على الضمان
بمعية زيادة على ما تقدم بالصحيح المروي عن قرب الاسناد عن رجل اصاب شاة في الصحراء هل تحل له قال
قال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم هي لك او لاخيك او للذئب فغذاها وعرفها حيث اصبتها فان عرفت
فردتها الى صاحبها وان لم تعرف فكلها وانت لها ضامن ان جاء صاحبها يطلب ثمنها ان تردّها ولا يعارضه
مفهوم صحيح صفوان من وجد ضالة فلم يعرفها فهي لربها بان يقال انه قد يستفاد منه خروجها عن ملك
المالك لوجوه بل هذه الصحيحة حجة على من ظهر منه القول بعدم الضمان لانه لا يقول بالتعريف بل بقول هي
كالبعير كما عرفت بل قد يستدل حينئذ بالاخبار الناطقة بان الضوال لا يأكلها الا الضالون اذا لم يعرفوها
(وما) يستدل به ايضا صحيحة علي بن جعفر عن اخيه موسى عليه السلام قال وسألت عن الرجل يصيب
درهما او ثوباً او دابة كيف يصنع قال يعرفها سنة فان لم تعرف حفظها في عرض ماله حتى يجيء طالبها فيعطيه
ايام وان مات اوصى بها وهو لها ضامن وهذه تدل على الضمان بحيث تجب الوصية وانه ليس مخصوصاً بجيء
صاحبها فتأمل فالقول بعدم الضمان نادر ضعيف جداً ان كان به قائل والحق انه لا قائل به تصریحاً ولا
ظهوراً يعتد به قبل صاحب الكفاية بقوله لعله اقرب واما التقيع والروضة فلا ترجيح فيهما بل ظاهر الاول
في آخر كلامه ترجيح الضمان هذا وقد قال في جامع المقاصد وهل يجب تعريف الشاة المأخوذة من الفلاة
قال في التذكرة الاقرب لعدم لظاهر قوله عليه السلام هي لك او لاخيك او للذئب فان المتبادر منه تملكها
من غير تعريف وليس تقييداً بالتعريف اولى من تقييد دليل التعريف بما عدى الشاة وهذا قوي متين
انتهى (وفيه) ان مجرد عدم الاولوية لا يقضي بكونه قوياً متيناً مفتى به وعدم وجوب التعريف خيرة الروضة
والمسالك ذكره في مسألة صغار الابل وقد يفهم ذلك ايضا من جماعة في كلامهم في هذه المسألة اي مسألة
صغار الابل ويشهد له عدم تعرض الاصحاب له في المقام الا من قل كما لم يتعرضوا
له في البعير المجهود في غير كلاً وما والسفرة وما لا يبق وما دون الدرهم وتعرضهم له في صغار الابل والبقرة
وفي الكلب واهتمامهم بذكره في المال الملقوط حيث يبدون به في اول احكامه ولم يغفلوا احد ولعله لذلك قال
في المذهب البارع على القول بالضمان يجوز تملكها اي الشاة في الفلاة والتصرف فيها في الحال من غير تعريف
باجماع العلماء وكذا يعمها لانه اولى من اكلها انتهى وقد يكون الغرض من الاجماع بيان جواز اكلها في الحال
من غير تعريف وانها ليست كلقطة المال وذلك لا ينافي وجوب تعريف ثمنها بعد ذلك فلا يهض لما نحن فيه
ولكن الظاهر من هذه العبارة خلاف ذلك ومن كلامه في التهذيب ثم انه على هذا الاحتمال ينهض الاستدلال
بالاجماع المذكور لما نحن فيه وذلك لان مثل هذا الاجماع حكى على ما دون الدرهم في التذكرة وغيرها قال
في التذكرة يجوز اخذ ما دون الدرهم وتملكه في الحال من غير تعريف عند علاننا اجمع ومن المعلوم انه لا
يجب تعريفه بالكلية فقد يفهم من هذين الاجماعين ومن كلامهم فيما لا يبق كالطعام الذي يخشى فساد ان
كل ما يجوز تملكه واتلافه في الحال لا يجب تعريفه لتعذره فيما لا يبق وعدم امكان قيام البيئة عليه في غيره
وعدم معرفة صحة وصف صاحبها ما يخفى من اوصافها وعدم حصول العلم بذلك للملتقط بل ولا الظن ان اكتفينا
به الا ان يقول انه لا بد له من حفظ صفتها اذا جاء صاحبها ووصفها وغرها له قيمتها (ثم) ان الصحاح التي
قالت هي لك او لاخيك واردة في مقام بيان الحاجة من دون تقييد بالتعريف واقصى ما في ادلة التعريف
اطلاق الامر به وهو غير منصرف بحكم التبادر وسياق اكثر النصوص المشتملة عليه الا الى لقطة الاموال
غير الضوال وهذا جبان انحصار دليل الخصم في ذلك لكنه غير منصرف فيه كما تستمع ثم انها اي الصحاح ساوت
بينه وبين الذئب والذئب لا يعرف (وفيه) انه ساوت بينه وبينه والذئب لا يفرم مع انه يفرم ولا ترجيح
في الدروس والتقيع وفي التحرير ان الوجه وجوب التعريف كغيرها وهو خيرة مجمع البرهان والرياض

وكذا صغار الابل والبقر وغيرهما « متن »

وبدل عليه صحيحة قرب الاسناد المصرح فيها بالشاة وصحيحة علي بن جعفر المصرح فيها بالدابة وصحيحة صفوان المصرح فيها بالضالة وقد سمعت الجميع وخبر جراح المدائني لا يأكل الضالة الا الضالون اذا لم يعرفوها وليس هناك دابة ولا ضالة يجوز التقاطها ويمكن القول بوجوب تعريفها الا الشاة وصغار الابل والبقر والشاة اظهر الافراد فان البعير وما ضاهاه اما حرام الاخذ او جائزه بلا تعريف مضافاً الى ترك الاستفصال ودليل الاستصحاب (قوله) **وكذا صغار الابل والبقر وغيرهما** اي حكمها في جواز اخذها وتملكها اذا كانت في الفلاة حكم الشاة وقد حكيت عليه الشهرة في المسالك والكفاية وانه صرح في المبسوط والمراهم والسرائر والتذكرة والتحرير والارشاد والمفاتيح وكذا كشف الرموز والمهذب البارع والمقتصر وجامع المقاصد لانه جعل في هذه الاربعة حكمها حكمها في جواز اخذها وستسمع الحال في ذلك وقد حكى في جامع المقاصد والمسالك عن التذكرة انه سب فيها جواز الاخذ الى علمائنا وعبارة التذكرة خالية عن ذلك انما نسب الى علمائنا فيها جواز اخذ الشاة ثم قال بعد سطرين وكذا الحيوان الذي لا يمتنع من صغار السباع فلم يكن داخلًا تحت معقد ما نسبته الى علمائنا وقد رأيت المولى الاردبيلي يعترض بذلك ايضاً ولا ترجيح في الشرائع والدروس واللمعة والروضة والمسالك وحزم بالعدم في الكفاية والمقدس الاردبيلي تارة الحق وتارة منع منه وكلام ابي العباس في المهذب حيث قال **والحق بالشاة صغار الابل في جواز الالتقاط في الفلاة غير مهذب ولا محرر لان محل النزاع انما هو الالتحاق في التملك لا في جواز الاخذ فانه جوز له اخذها على كراهية ومنع عليه اختيار تملكها واكلها في الحال وهذا ليس من الالتحاق في شيء بل هي على هذا لقطة كاللصامت او يكون مخيراً بين الاتفاق عليها وحفظها لملكها او دفعها للحاكم ولم يقل احد بجرمة التقاطها كالشاة في العمران لانه محسن قطعاً الا ان نقول ان ذلك من وظائف الحاكم كما قال ذلك في مثله في المبسوط كما يأتي وقريب منه اي المهذب ما في المقتصر وبلوح بل قد يظهر من جامع المقاصد موافقته حيث اقتصر في بيان التشبيه على جواز الاخذ ولم يذكر التملك وفي آخر كلامه ايماء الى ذلك واخصل ان عبارته في المقام لا تعجبني وان امكن التنزيل ويراد من جواز الاخذ في عبارة التذكرة جواز التملك ايضاً قطعاً لتصريحه به مراراً بعد ذلك وما زاد كاشف الرموز على ما حكيناه عنه (وكيف كان) فالاصح الالتحاق لمكان العلة المولى اليها في قوله هي لك او لانيك او للذئب وهي انها لا تمتنع من صغار السباع فتكون في حكم النافعة ولا فائدة للالك في تركها ومنصوص العلة حجة سواء كانت نعمة او ظاهرة او موى اليها ولما كان الحق يتوقف في منصوص العلة مطلقاً الا ان يكون برهاناً كان اول من توقف بناء على اصله وان كان فاسداً كما يرهن عليه في محله وتبعه من عرفت ولا يعجبني قول الشهيد الثاني والمولى الاردبيلي والحراساني ان الالتحاق قياس بل قد يقال ان المناط ايضاً منقح والمنقح له العقل بل والاجماع ان صح ما حكى عن التذكرة والكلام في الضمان والتعريف كما تقدم في الشاة فيضمنها لملكها اذا وجد اذا اكلها وتملكها والظاهر هنا وجوب التعريف لمكان ادلة وجوبه في اللقطة ولا معارض لها كما في الشاة مضافاً الى صحيحتي علي بن جعفر وصفوان وخبر جراح فتأمل وبقي الكلام في عبارتي الارشاد فانه اولا وافق في الالتحاق كما عرفت وبعد اسطر قال ولو اخذ غير الممتنع في الفلاة استئمان بالسلطان في التفقة الى آخره وقد فهم منه المقدس الاردبيلي الفرق بين صغار الممتنعات وغير الممتنع حيث جعل حكم الاول في الفلاة حكم الشاة دون الثاني قال وهذا القسم غير موجود في العبارات بل جعل فيها حكم الممتنع مطلقاً حكم الشاة قال وهذا من خصائص الكتاب (قلت) قد فسر بعض المحققين بما كان مثل البعير المربض والاعرج لكن صاحبه لم يتركه بل ضل عنه (قلت) هذا اما ممتنع من صغار السباع او غير ممتنع فان كان الاول خرج عن فرض المسألة وان كان الثاني كان حكمه حكم الشاة لان ظاهر جماعة وصريح آخرين كالشيخ وسلا روين**

ولا تؤخذ الفزلان المملوكة وشبهها مما يمنع بعده « متن »

ادريس تعميم الحكم لما يشمل الدجاج والاوز ونحو ذلك وبذلك صرح في التذكرة والمسالك (قوله)
 ﴿ ولا تؤخذ الفزلان المملوكة وشبهها مما يمنع بعده ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة
 والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة للعلامة المولى اليها في البعير وعصمة مال المسلم واستثنى في
 التذكرة والتحرير في مقامين في الاخير ما اذا خاف الواحد لها عجز مالكها عن استرجاعها فقوى جواز التقاطها
 وما اذا خاف ضياعها عن مالكها وعلى الاخير اقتصر في الدروس والروضة فما نسب اليه في المسالك غير صحيح
 ولا وجه للاقتصار عليه كما ستعرف الا ان نقول انه يشمل الاول واستوجه في جامع المقاصد الاستثنائيين
 واستحسنهما في المسالك قال في التذكرة لا يجوز اخذ الفزلان واليخامير وحمر الوحش في الصحارى اذا ملكت
 هذه الاشياء ثم خرجت الى الصحراء وكذا باقي الصيد المتوحشة التي اذا تركت رجعت الى الصحراء لانها
 تمتنع بسرعة عدوها عن صفار السباع وهي مملوكة للغير فلا تخرج عن ملكه بالامتناع كما لو توحش الاهلي اما
 لو خاف الواحد لها ضياعها عن مالكها او عجز مالكها عن استرجاعها فالا فوى جواز التقاطها لان تركها اضيع لها
 من سائر الاموال والمقصود حفظها لصاحبها لا حفظها في نفسها ولو كان الغرض حفظها في نفسها لما جاز التقاط
 الاثمان فان الدينار محفوظ حيث ما كان انتهى وينسحب ذلك في الضوال الممتنعة كالابل وغيرها كما هو
 واضح قال في التذكرة الاقرب انه يجوز لكل احداخذ الضالة صغيرة كانت ام كبيرة ممتنعة من السباع او غير ممتنعة
 بقصد الحفظ للملكها والاخبار الواردة في النعي عن ذلك محمولة على ما اذا نوى بالاتقاط التملك اما قبل التعريف او
 بعده قال امام نية الاحتفاظ فالاولى الجواز وقد استحسنه في الروضة (قلت) اخبار الباب على كثرتها ظاهرة في
 ذلك ظهوراً كاد يلحق باتصريح كقولهم لا يأكل الضالة الا الضالون ونحوه مما هو مثله او اظهر منه وفي
 صحيح البزنطي حيث سئل مولانا الرضا عليه السلام عن الطير المستوي اجناحين الذي يسوى دراهم
 كثيرة وهو يعرف صاحبه ايجل امساكه قال اذا عرف صاحبه رده عليه وقوى في المبسوط انه لا يجوز ذلك
 لغير الامام وبه جزم في السرائر والتحرير (قلت) هذا مذهب الا فني محجباناه صلى الله عليه وآله وسلم نبى
 عن اخذها من غير ان يفرق بين قاصد الحفظ وقاصد الالتقاط (وانت خبير) بان الخبر الذي روه ظاهر
 في انه يريد الالتقاط ثم انه لم يفرق فيه بين الامام وغيره ثم ان الشارع نبه على علة عدم الاخذ بانها محفوظة
 فاذا كانت في مملكة انتفت العلة كما اذا غلب على ظنه اقتراض الاسد لهذا البعير او كان قريباً من دار
 الحرب او السراق او نحو ذلك او ان هذا الطير يطير الى مكان بمعجز صاحبه عنه الى غير ذلك فخاله كحال
 من خلصه من الحرق والفرق فاقصر الشهيد على احد الاستثنائيين مع نقله اكثر عبارة التذكرة حرفاً فحرفاً
 لا نعرف له وجهاً وجيباً (وينبغي) تحرير كلام التحرير فانه قسم الحفظ قسمين حفظ لها بمعنى امساكها
 لصاحبها (لصاحبها) من دون خوف عليها اصلاً وهذا الامساك اعتبر في المبسوط والسرائر وحفظ لها من خوف ضياعها
 او تلفها او عجز مالكها عن استرجاعها فوافق التذكرة في الثاني وجعل الاول كاللبسوط من وظائف الحاكم
 ونحن نقول اذا كانت محفوظة في نفسها ولا خوف عليها اصلاً لا يجوز للحاكم ولا لغيره اخذها كما هو قضية
 اطلاق الخبر والغالب ان من اضل شيئاً طلبه حيث ضيعه فلو اخذه الحاكم ضاع عنه واتبعه واهل الظاهر
 من الشيخ وابن ادریس انه لا يجوز اخذها حيث يخاف عليها الا للحاكم عملاً باطلاق الاخبار الخاصة والعامة
 كما هو خيرة الشافعي وقد سمعت دليلاً ودليلاً واحتمال استنباط ذلك ايضاً من عبارة المبسوط بل والتذكرة لا
 نمنعه لكن مقتضى اصول المذهب ما ذكرناه وقال في الدروس وعلى الجواز فالظاهر انه يرجع بالنفقة اذا نوى
 الرجوع ونعذر الحاكم وحينئذ فالاقرب وجوب تعريفه سنة وجواز التملك بعده وهو ظاهر ابن ادریس
 والمحقق ولم افق على قول بالنع من التعريف والتملك وعلى هذا فيجوز اخذها اذا كان بنية التعريف

واما العمران « متن »

واتملك بعد الحول ويحرم اذا كان بنية التملك (قلت) ينبغي على هذا التفصيل في النفقة فان كان نوى التملك قبل التعريف او بعده انفق من ماله ولا رجوع لانه فعل ذلك لنفسه وان نوى الحفظ دائماً رجع مع نية الرجوع وقال في الدروس وعن علي عليه السلام في اخذ الضالة اذا نوى الاخذ اخذ الجمل فنفتت ضمنها والا فلا ضمان عليه وفيه دليل على جواز اخذها قال وقال الفاضل يجوز اخذ الابق لمن وجده ولا نعلم فيه خلافاً ولا يضمن لو تلف بغير تقربط ومنع من تملكه بعد التعريف لانه يحفظ بنفسه كضوال الابل وفيه اشعار بعدم جواز تملك الضالة وهو حسن في موضع المنع من اخذها واستشكل في الكفاية في المسألة اي مسألة جواز اخذ الفزلان ونحوها ثم قال ولا يبعد ادخالها في العمومات الدالة على حكم لقطة الاموال وقد عرفت الحال وانه لا اشكال (قوله) **واما العمران** قد قابل الاصحاب هنا الفلاة بها وقد طفحت عباراتهم بذكر الفلاة والمفازة والخربة في لقطة المال الصامت ولا بد من بيان ذلك في التنقيح المراد بالفلاة ما ليس بعامر والعامر ما فيه قرى مسكونة او اهل طنب قاطنون وفي جامع المقاصد العمران ما بين البيوت سواء كانت بيوت اهل الامصار والقرى او اهل البادية قال واهل المزارع والبساتين المتصلة بالبلد ولا تنفك غالباً من الناس من العمران ومراده ان الفلاة ما عداه وفي التذكرة ما يوجد قريباً من الفلاة حكمه حكم العمران والكل بمعنى وفي المبسوط والوسيلة ما يقضي بتحديد العمران بنصف فرسخ وان ما عداه فلاة قال ما كان في القرى والعمران وما يصل به نل نصف فرسخ الى آخره وفي الصحاح والقاموس وجمع البحرين الخراب ضد العمران والعامرة ضد الخراب وان المعمور هو المأهول وقد عرفت ان الفلاة ضد العامر فيكون المراد بالخراب والخربة في صحيح محمد بن مسلم ما يشمل الفلاة وقد قول العمران بالمفاوز في كلام التذكرة وكلام العامة في عدة مواضع وقول فيها ايضاً العمران بالصحرى بل في مسألة واحدة تارة يقابل العمران بالصحرى وتارة بالمفاوز وقد اردت الصحرى بالفلاة في عدة مواضع من التذكرة وقول بهما معافيا العمران وقد قولت الصحرى بالبلدان في التحرير في لقطة الطعام وقد فسر الصحرى بالبرية في الصحاح وجمع البحرين وفسرت البرية بالصحرى في النهاية والصحاح والمصباح النير وزدت الواسعة في جمع البحرين وقال في القاموس الصحرى الارض المستوية في لين وظل والفضاء الواسع لا نبات به وفسر فيه الفلاة بالقرى او الصحرى الواسعة وفسر فيه القفر بالخلاء من الارض وفسرت المفازة في النهاية بالبرية القفر وفسر القفر في الصحاح والمصباح بالمفازة وقال في الصحاح ان المفازة واحدة المفاوز وفسرت المفاوز بالفلاة لا ماء فيها في القاموس والمصباح النير ولم يبينوا مقدارها ولا مقدار بعدها عن العمران فتصدق على ما كان بعيداً عن العمران بفرسخ او اكثر حيث يصدق انه فلاة ويكون خالياً عن الماء ويصدق عليه انه قفر لكن هذا اعني تفسير القفر بالمفازة والمفازة بمالا ماء فيها (يقضي ظ) بان ما كان بعيداً عن العمران بالف فرسخ وفيه ماء انه ليس قفراً ولا مفازة وفيه . الا يخفى فالمدار على ما وافق منها العرف وكلام الاصحاب (وقد تحصل) ان الفلاة والصحرى والبرية والقفر والخربة والمفازة بمعنى واحد في كلام الاصحاب وهو غير العامر المأهول المسكون والا فسا كانت الامراء التي تبنى ولدها لتضي مراحل على غير الطريق المألوف وتنبذ في ارض لا ماء فيها وما كانوا ليمتنوا على ملتقط الشاة وصغير البقر والحير ان يلتقطها الا في ذلك المكان ويقولوا ان ما عداه من العامر الذي يحرم التقاطها فيه ويلزم ان يكون ملتقط السفرة التي فيها البيض والجبن والطعام في المفازة التي سوغ له مولانا الصادق عليه السلام اكله ونقومه على نفسه في خبر الفقيه حيث صرح فيه بالمفازة وبها اسم المفازة صرح وافق في المقنع والمقنعة والنهاية ما التقط ذلك الا في ذلك المكان من الارض اعني الذي على غير الطريق في ارض بعيدة عن العمران بمراحل شتى لا ماء فيها لانها هي المفازة والفلاة كما فهمه بعض معاصرينا من

فلا يحل اخذ شي من الضوال فيها وان لم تكن ممتعة كاطفال الابل والبقر فان اخذها تخير بين حفظها للمالكها وعليه نفقتها من غير رجوع وبين دفعها الى الحاكم « متن »

قولم وما يوجد في خربة او فلاة او مغازة او برية على اختلافهم في التعبير فهو لواجده ان ذلك من الخرافات وما كانوا ليريدوا بالفلاة والمغازة والبرية والصحراء في الشاة والاطفال البقر والحير والابل والسفرة والطعام واللقيط معنى مغايراً لمعناها في لقطة المال الصامت ان ذلك خطأ محض وجهل صرف (قوله) ❖ فلا يحل اخذ شي من الضوال فيها وان لم تكن ممتعة كاطفال الابل والبقر ❖ كما في الشرائع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والتنقيح والمهذب البارع والمقتصر وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية والرياض ومال اليه في الدروس لكنه في التذكرة استثنى خوف التلف والنهب وهو المشهور كما في جامع المقاصد والكفاية والمفاتيح والتنقيح وزاد فيه استثناء ما استثناء في التذكرة وفي جمع البرهان انه يفهم من التذكرة انه لا خلاف فيه ولم نجد فيها ما يظهر منه ذلك وفي التنقيح ايضاً لا نعم خلافاً في عدم جواز اخذ غير الشاة الا من الشيخ في المبسوط ثم قال المشهور المنع الا مع خوف التلف او النهب كما حكيناه عنه فتأمل وفي المهذب البارع والمقتصر الاجماع على المنع في الشاة وقال في المبسوط اما اذا كان في العمران وما يتصل به على نصف فرسخ او اقل له اخذها سواء كان حيواناً ممتعاً او غير ممتع ومثلهما في الوسيلة والجواز في الشاة ظاهر النهاية والسرائر والارشاد والمختلف واللغة بل قد نسبة في الدروس الى الفاضل على البت بل قد يظهر ذلك في الشاة وغيرها من المراسم بل ومن المنفعة في آخر الباب منها ولا تغفل عما حكاه ابو العباس والمقداد وفي المسالك اما اذا كان ممتعاً كالابل فلا شبهة في المنع من اخذه لان النهي في الفلاة يقتضي النهي عنه في العمران بطريق اولي (قلت) قد سمعت ما حكيناه عن المبسوط والوسيلة والمراسم (وقد يقال) على الاولوية ان الكبير لا يهتدي في العمران الواسعة الكبيرة للرعى وورود الماء فيكون ضائعاً كالصغير (حجة المنع) الاصل وانها في العمران محفوظة وان المفهوم من قولم عليهم السلام هي لك او لاختك او للذئب انها في غير العمران وقولم عليهم السلام لا تمسها والضوال لا يأكلها الا الضالون اذا لم يعرفوها ويمكن المناقشة في الجميع (اما الاصل) فينقطع بصحيح صفوان من وجد ضالة ولم يعرفها وبخبر جراح الذي ذكر لم اخيراً وعدم الاستفصال في حسنة هشام قال اني وجدت شاة فقال صلى الله عليه وآله وسلم هي لك الحديث والذئب تمثيل او انها اذا بقيت خرجت الى الفلاة فبأكلها الذئب وما احب ان امسها بحمول على الكراهة قطعاً لانه انما ذكر في صحيح معوية بن عمار الواردة في الشاة الضالة في الفلاة ومن ذلك يظهر حجة القول الآخر بل كلامهم فيما يأتي في النفقة يقضي بجواز اخذها كما سجد مع (قوله) ❖ فان اخذها تخير بين حفظها للمالكها وعليه نفقتها من غير رجوع وبين دفعها الى الحاكم ❖ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمهذب البارع والمسالك وجمع البرهان ومرادهم انه اخذ غير الشاة من العمران سواء كان ممتعاً او غير ممتع وانه امسكها لصاحبها امانة كما صرح به في التذكرة (واما) ان عليه نفقتها حيث يخيار امسكها لصاحبها من غير رجوع بها فلتبرعه حيث اخذ في موضع البيع لكن الاتفاق من ماله على تقدير كونها امانة لا يتم ثم انها حينئذ امانة عامة شرعية يجب دفعها الى الحاكم فكيف يصح له ابقائها في يده (واما) ان له دفعها الى الحاكم لينفق عليها من بيت المال لانه من المصالح وبيده التسليم اليه او يأمره بالاتفاق عليها فلا نه ولي الغائب ووكيله (وفيه) انه اذا كان غير جائز يكون غاصباً ضائعاً وقد قالوا في غير المقام انه لا ينفق على مال الغير من بيت المال بل يستقرض عليه او يبيعه فيه او ينفق الواجد له من عنده ويرجع ان كان اميناً وهو هنا غاصب فينفق ولا يرجع ولا نسلم كون الحاكم وكيلاً مطلقاً حتى في مثل هذه الصورة قولم انه محسن قلنا الغاصب

فان تعذر انفق ولم يرجع ولو كانت شاة حبسها ثلاثة ايام فان جاء المالك والا باعها « متن »

ليس بحسن ولعله لذلك ترك ذلك في الدروس وقال في جامع المقاصد في بعض هذه الاحكام بحث (قوله)
 ﴿ فان تعذر انفق ﴾ كما صرح به في جميع ما تقدم عدى الارشاد (قوله) ﴿ ولم يرجع ﴾ كما في
 المهذب البارع وجامع المقاصد وقال فيه انه المشهور فتأمل وقال في المبسوط اذا كان في العمران وما يتصل به
 على نصف فرسخ واقل له اخذها سواء كان حيواناً ممتنعاً او غير ممتنع وهو بالخيار بين ان ينفق عليها تبرعاً او
 يرفع خبرها الى الحاكم ولا يأكلها فقد حكم بعده الرجوع في صورة الجواز عنده ونحوه ما في الوسيلة وفي
 الشرائع والتذكرة والتحرير انه يرجع وقال في النهاية ومن وجد شيئاً مما يحتاج الى النفقة عليه فسيبيله ان
 يرفع خبره الى السلطان لينفق عليه من بيت المال فان لم يجد وانفق هو عليه كان له الرجوع على صاحبه بما انفق
 هو عليه ومثله ما في النفقة وكلامهما في صورة الجواز وانكر ابن ادريس عليهما رجوعه اذا كانت النفقة في
 الحول لتبرعه وهذا الخلاف اعنى خلاف الشيخين وابن ادريس مذكور فيما يأتي من الكتاب والشرائع والنافع
 وغيرها وهو مفروض في كلامهم في صورة جواز الاخذ وهو في كلام الشيخين شامل باطلاقه بل بمومه لما اخذ
 من العمران او الغلاة لانهما في الكتابين يجوزان اخذ الضبوال من العمران فكلامهما فيما يتناول مسائلنا
 وفي تمام الكلام فيه ان شاء الله تعالى وكلام المبسوط من مسائلنا الا ان الاخذ عنده جائز وعند امعان
 النظر لا اختلاف بين كلامي المبسوط والنهاية لانه انما جوز له الرجوع في الآخر فيما اذا اراد رفع خبره الى
 السلطان ولم يجده فكانه صار معذوراً وفي المبسوط انما منعه من الرجوع حيث لا يجتاز رفعه الى السلطان
 والمفروض في الكتابين جواز الاخذ فلا متافاة وبدل الى ذلك ما في المهذب البارع قال في صورة الجواز
 وان لم يرفع امرها الى الحاكم وآثر بقائها عنده انفق ولا يرجع بالنفقة اجماعاً انتهى وقد نسب الى ظاهر الدروس
 في جامع المقاصد في مسائلنا فيما اذا تعذر الحاكم وانفق انه توقف في عدم الرجوع حيث اسنده الى الشيخ
 ونسب اليه في المسالك التوقف في ذلك وفيما اذا انفق قبل الوصول الى الحاكم وقال ان الموضعين من سنخ
 واحد وقد علمت انه في الدروس لم يذكر مسائلنا هذه وانما قال فيه وهل يلحق بالثبوت غيرها قال الشيخ
 في المبسوط وساق كلامه المتقدم ثم قال ومنع الفاضل من اخذها في العمران فلعلها استنبط ذلك من الدروس
 من نقله عبارة المبسوط هذه او من نسبته الى الشيخ عدم الرجوع في الشاة اذا انفق عليها او من نسبته اليه عدم
 الرجوع في النفقة على اطفال الابل والبقر اذا اخذها في الغلاة وهذه ايضا يجوز اخذها في المبسوط لكنه اذا
 نسب الى الشيخ عدم الرجوع في صورة الجواز بحيث يظهر منه توقفه فيه لا يكون دالاً على توقفه في عدم الرجوع
 في صورة عدم الجواز فتأمل فكلامهما اي المحقق الثاني والشهيد الثاني غير محرر ويزيد الشهيد الثاني في جملة
 الموضعين من سنخ واحد مع انه قبل وصوله الى الحاكم له حالات مختلفة حكماً والذي يظهر بعد امعان النظر
 ان كلام الدروس ايضا غير محرر لانه يظهر منه ان كلام النهاية مخالف لكلام المبسوط مضافاً الى امور آخر
 في كلامه تظهر لمن تدبر (اذا تحرر هذا) فوجه عدم الرجوع يعلم مما مر من انه غاصب ووجه الرجوع انه لما
 تعذر الوصول الى المالك والحاكم صار مأموراً من الشارع بالاتفاق فكان مأذوناً فيه شرعاً فاذا نوى الرجوع لم
 يكن متبرعاً ولا نه بحسن (قوله) ﴿ وان كانت شاة حبسها ثلاثة ايام فان جاء المالك والا باعها ﴾ وتصدق
 بثبوتها كما في النهاية والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والابصاح والدروس واللمعة
 والمهذب البارع والمقتصر والنتيجه وجامع المقاصد والمسالك والروضة وظاهر مجمع البرهان والكفاية التوقف قال في
 الاول سند الحكم رواية ابن ابي يعفور عن الصادق عليه السلام انه قال جاءني رجل من اهل المدينة فسألني
 عن رجل اصاب شاة قال فأمرته ان يحبسها عنده ثلاثة ايام ويسأل عن صاحبها فان جاء صاحبها والا باعها

وفي اشتراط الحاكم اشكال وتصدق بتمنها وضمن او احتفظه ولا ضمان وفي الصدقة بعينها او قبل
الحول بتمنها اشكال « متن »

وتصدق بتمنها وفي طريقها محمد بن موسى المهداني وقد قيل انه ضعيف وبضع الحديث ومنصور بن العباد
الذي قيل فيه انه مضطرب الامر واخسن بن فضال وعبد الله بن بكير وهي على خلاف الاسل والقوانين
وليس فيها العمران وكأنها حملت على العمران للاجماع على عدم ذلك في غير العمران لكن الحكم مشهور انتهى
وقال في الكفاية المشهور عندهم انه لا يجوز اخذ الشاة وانه لو اخذها احتبسها عنده ثلاثة ايام من حين الوجدان
ويسأل عن مالها فان وجدته دفعها اليه والا باعها وتصدق بتمنها ومستنده رواية ابن ابي يعفور وهي ضعيفة
لكنها مشهورة بين الاصحاب وقد نسب ما يقضي بالعمل بها الى اطلاق الاصحاب واطلاق عبارات الاصحاب
غير مرة في الايضاح والمهذب البارع وفي الرياض قد حملها الاصحاب على ما اذا اخذت من العمران وظاهرهم
الاطباق على العمل بها (قلت) ان اراد ان العمل بها ظاهر من ذكر ما تضمنته فصرح به العمل بها وان اراد
غيره ففيه انه لم يتعرض لذلك في المنع والمنفعة والمراسم والوسيلة والغنية والتبصرة وغيرها بل في النافع ردها
فكيف يكون ظاهرهم الا ان نقول انه استعمل مقالة من لا يعلم بمقالة من يعلم (قوله) وفي اشتراط الحاكم
اشكال اقواه عدمه كما في المهذب البارع وجامع المقاصد لان النص وعبارات الاصحاب خالية عنه كما
قاله في الاول وفي الايضاح ان دليله عموم اطلاق الاصحاب (قوله) وتصدق بتمنها قد تقدم
الكلام فيه (قوله) وضمن كما في التذكرة والدروس والمهذب البارع والمقتصر والتنقيح والمسالك
والروضة وجمع الدرهان وفي جامع المقاصد بعد ان نسبه الى اطلاق الاصحاب وقد عرفت المصرح به قبله
قال يشكل الضمان على تقدير كون العين امانة وتردد فيه اي الضمان في الكفاية وسكت عنه الباقر كما في
الخبر وظاهرهم عدم الضمان وعلى تقدير القول بعدم جواز الاخذ يكون غاصباً ضامناً فتأمل ومراد من اطلق
الضمان انه اذا لم يرض المالك كما هو صريح بعضهم كما هو ظاهر (قوله) وحفظه ولا ضمان كما في
التحرير والايضاح والمهذب البارع والمقتصر والمسالك ولعله لان البيع جائز فيكون مأذوناً شرعاً في قبض الثمن
(وفيه) انه اذا كان الاخذ ممنوعاً كان عدواناً والعدوان يقضي بالضمان وتجوز البيع لا يقتضي عدم الضمان
ولذلك استشكل في جامع المقاصد وقال في الروضة لا ضمان ان جاز الاخذ ثم انه حينئذ امانة شرعية وحكمها
وجوب التصديق بها فوراً او دفعها الى الحاكم (وكيف كان) هل يجب عليه تعريفه حينئذ قال ابو العباس
في المهذب الاظهر ذلك خلفاء حالها عن المالك قال ويحتمل ضعيفاً عدمه لانهم لم يذكروه وقال في المقتصر
انما يجب التعريف طول الحول الاول ولا يجب بعده (قلت) فقد غيرت لقطة الاموال وظاهرهم عدم وجوبه
اصلاً الا ما قد يظهر من الاستشكل في الصدقة قبل الحول في المسألة الآتية وعلى تقدير تعريفه ليس له
تملكه بعد الحول نص عليه ابو العباس (قوله) وفي الصدقة بعينها او قبل الحول بتمنها اشكال
هنا مسألتان (الاولى) هل يجوز التصديق بعينها ام لا اختير الثاني في الايضاح والمهذب البارع والمقتصر
وجامع المقاصد جرياً على الاصل ووفقاً على مورد النص (ووجه الاول) انه لا تفارقت بين العين والثمن فاذا
جاز صرفها في الصدقة بواسطة البيع فليجز بغير واسطة وان البيع اثبات ولاية له في تصرفه وهو على خلاف
الاصل ففي جواز الصدقة بها تقليل لخلاف الاصل (والمادة الثانية) هل يجوز بيعها قبل الحول والتصدق
بتمنها او يجب تعريفها سنة ثم يبيعها ويتصدق بتمنها كذا قال في الايضاح والاصح ان يقال هل تجوز الصدقة
بالتن قبل التعريف حوالاً ام لا كما في المهذب البارع وجامع المقاصد اختير الاول في الايضاح بناء على ما
فهو والمهذب البارع والمقتصر وجامع المقاصد بناء على ما فهم لاطلاق الاصحاب كما في الايضاح واطلاقهم

ويجوز التقاط الكلاب المملوكة ويلزم تعريفها سنة ثم ينتفع بها ان شاء وضمن القيمة السوقية ويستحب الاشهاد على اخذ الضالة ولو التقط الصبي او المجنون الضالة انتزعها الولي وعرفها سنة فان لم يأت المالك تخير مع النبطة في ابقائها امانة وتمليكها مع التضمين « متن »

واطلاق النص كما في المذهب البارع وقال في الروضة ظاهر النص والفتوى عدم وجوب التعريف (قلت) لا ريب ان ظاهر النص الصدقة بالثمن بعد البيع من غير شرط التعريف فلو كان مشروطاً لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة وجعل السبب الغير التام تاماً واقصى ما في ادلة التعريف اطلاق الامر به وهو غير منصرف بحكم التبادر وسياق اكثر النصوص الا الى لقطة الاموال غير الضوال وقال في جامع المقاصد لا دليل على تقييد الخبر بادلة التعريف اذ لا اولوية بين تقييد هذا الحر او تخصيص تلك (وفيه) ان محرد عدم الاولوية لا نفى بالحكم والترجيح على انه قد بدعى الاولوية في تلك لان كانت امح سندا واكثر عدداً (ووجه الثاني) ان التعريف اقرب الى وصول المال الى مستحقه ولانه ربما كان فائدة البيع والتصدق بالثمن ذلك دون التصديق بالعين مضافاً الى الاحتياط واستدل له في الايضاح بمعموم الامر بالتعريف وبالاحتياط لانه يجوز في انفس السنة ظهور المالك وتعلق عرضه بعين ماله ولا ريب ان التعريف احوط وقد يظهر من كلامهم انه لا يجب عليه تعريفها في الايام الثلاثة وقال ابو العباس في كتابه نصاب التعريف ثلاثة ايام وهو اظهر من النص حيث قال عليه السلام ويسأل عن صاحبها وهل يجوز ان تبقى عندها امانة نص عليه في التحرير والمذهب البارع والمقتصر والمسالك والروضة وهو يخالف حكم الامانة الشرعية ووجب التعريف ابو العباس في كتابه لو اراد بقاءها عنده وقال ليس له تملكها بعد الحول وفي الروضة ليس له تملكها مع الضمان على الاقوى. للاصل (وبقي) هنا شيء وهو انه لو كانت الشاة وغيرها من الضوال كالكلاب المملوكة التي يجوز التقاطها وتملكها قيمتها دون الدرهم هل يجوز تملكها من غير تعريف كما فيها دون الدرهم من الاثمان والعروض او نقول ان الضوال يجب تعريفها ولا يفرق فيها بين القليل والكثير عملاً بالاطلاق ولعل هذا هو الظاهر (قوله) يجوز التقاط الكلاب المملوكة ويلزم تعريفها سنة ثم ينتفع بها ان شاء وضمن القيمة السوقية كما في المسالك ونحوه ما في الشرائع لكنه اقتصر على ذكر كلب الصيد ومثله ما في المبسوط لكنه لم يصرح فيه بالحواز قال اذا وجد رجل كلباً فانه يعرفه سنة فان لم يعثر صاحبه بعد السنة فله ان يصطاده فان تلف في يده ضمنه لان كلب الصيد له قيمة انتهى ولعله لانه مال مملوك ومن ثم حاز بيعه ولزم قاتله قيمته او ديتيه وهذا حار في باقي الكلاب التي لما قيمة ولعلها اذا خصاه بالذكر لان الاصحاب اتفقوا على جواز بيعه الدال على كونه مالاً واختلقوا في غيره ومنع من التقاطها في التذكرة والتحرير لانه ممنوع بنفسه واحتمل في الدروس التفصيل بين خوف ضياعه على مالكة وعدمه فاجازه في الاول ومنعه في الثاني ولم يصرحوا بانه يملكه لكنه قضية كلامهم وقد جزم المصنف هنا بالتعريف ولم يستشكل في الضمان وهو خلاف ما تقدم له في الشاة ونحوها اذا وجدها في الفلاة فتأمل (قوله) ويستحب الاشهاد على اخذ الضالة قد تقدم الكلام في مثله ويأتي فيما هو من شكله (قوله) ولو التقط الصبي او المجنون الضالة انتزعها الولي وعرفها سنة فان لم يأت المالك تخير مع النبطة في ابقائها امانة وتمليكها مع التضمين قد تقدم الكلام في جواز التقاط الصبي في اول الفصل الثاني مسبقاً (واما) ان الولي هو الذي يعرفها وينزعها فقد صرح به في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وهو قضية اطلاق الدروس في آخر الباب وبذلك صرح في المبسوط وغيره في لقطة الاموال كما يأتي والوجه فيه ظاهر لانها لا يؤمنان على عدم اتلافه وانه يجب عليه حفظها كما يجب عليه حفظ مالها لانه يجب عليه حفظ ما يتعلق بهما من المال وحقوقه وهذا من حقوقه (واما) ما ذكره المصنف من انه يتخير

واذا لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق انفق ورجع على اشكال ويتقاص مع المالك لو انتفع بالظهر وشبهه « متن »

مع الغبطة بين الامرين فلم يوافق عليه احد فما اجد والذي في المبسوط كما تقدم والتحرير والتذكرة والشرائع والمسالك في المقام انه ان كانت الغبطة في تملكه وتضمنه اياها فعل والا ابقاها امانة وهو الذي صرح به الجماعة في لقطة الاموال الا ان نقول ان مراد المصنف انه اذا كانت الغبطة فيهما معاً تخير فتدبر (وحيث) يختار التملك لا يعتبر فيها الاحتياج الى الاقتراض بل هو منزل منزله فيجوز وان كانا غنيين بناء على انه اكتساب لكنه قال في المبسوط ان كان المولى عليه من اهل من يستقرض له فانه يستقرض له (يستقرضه خ ل) له على انه ان جاء صاحبها ضمنها بالمثل او القيمة وان لم يكن من اهل من يستقرض له حفظها وتكون في يد الولي امانة (وكيف كان) فلم يتقدم للمصنف في انكتاب تصريح بوجود تعريف ضالة وان له تملكها بعد التعريف الا الكلاب الا ان نقول انه لم يصرح ايضاً بملكها فتأمل (قوله) ❁ واذا لم يجد الآخذ سلطاناً ينفق انفق ❁ لا ريب في وجوب الانفاق عليه اذا لم يجد سلطاناً كما في جامع المقاصد لوجوب الحفظ ولا يتم الا به وبه طفحت عباراتهم من دون تأمل ولا خلاف كما طفحت عباراتهم بان السلطان اذا وجد ورفع امره اليه انفق عليه من بيت المال صرح بذلك في المقنعة والنهاية والسرائر والنافع والتحرير واللمعة والمهذب البارع والمقتصر والروضة والمسالك وغيرها (وفيه) ما تقدم من انه لا ينفق على مال الغير من بيت المال بل يستقرض عليه او يباع فيه واطلق في الشرائع والتحرير والارشاد وغيرها كالكعباء وفي جامع المقاصد اذا لم يجد سلطاناً ليسلم اللقطة اليه او يستأذنه في الانفاق وهذا اشبه لانه اذا سلم اليه فعل ما يراه الحظ من بيعها وتعريف ثمنها او يرسلها في الحمى كما في التذكرة ولم يذكر بيت المال (قوله) ❁ ورجع كل اشكال ❁ الرجوع خيرة المقنعة والنهاية والسرائر والنافع وكشف الرموز والتذكرة والارشاد والتبصرة والمختلف والابضاح واللمعة والمقتصر وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وقد نسبته الى الشيخين وسلاطير واتباعهم في كشف الرموز (قلت) لا تعرض له في المراسم والوسيلة وفي المسالك والكفاية انه الاشهر وفي جامع المقاصد والرياض انه قول الاكثر بل في الاخير لعل عليه عامة من تأخر (قلت) لا ترجيح في التحرير والدروس والنتقيح والمفاتيح والوجه في الرجوع ان ايجابه شرعاً يقتضي حصول الاذن من الشارع وهو يقتضي بالرجوع اذا لم يتبرع ولاداء عدمه الى الاضرار بالاتلقاط لانه ان انفق ولم يرجع كان الاضرار بالملتقط وهو يؤدي الى التباعد عن اخذ اللقطة وادهاها على مالكها وهو اضرار باللقطة او بالكفاية والمخالف صاحب السرائر قال والذي ينبغي تحصيله في ذلك انه ان كان انتفع بذلك قبل التعريف والحول وجب عليه اجرة ذلك وان كان انتفع بلبنه وجب عليه رد مثله والذي انفق عليه يذهب ضياعاً لانه بغير اذن من صاحبه والاصل برائة الذمة وان كان بعد التعريف والحول لا يجب عليه شيء لانه ماله هذا ولا يشترط الاشهاد كما في المختلف وجامع المقاصد والروضة وقرب اشتراطه في التذكرة وقد تقدم الكلام في مثله مراراً وقال فخر الاسلام في ضابط ذكره انه ان اوجب الشارع النفقة او امره المالك او الحاكم فشرط رجوعه عدم قصد التبرع وبكفي فيه البناء على الاصل وان لم توجد هذه الثلاثة ولا واحد منها وجازت النفقة شرعاً ولم تكن من اذن المالك او الحاكم فلا بد فيه من قصد نية الرجوع والا فلا رجوع له (ولم) ان ذلك كله في صورة جواز الاخذ كما هو صريح جماعة كثيرين وظاهر آخريين نعم في المسالك اذا وجب ابقاء الضالة الخ فتأمل ثم ان هذا يتم في ما اذا خاف التلف في الحمير والكلاب اذا لم نلحقها بالبعير وقد يكون اراد صفار الحمير والبقر لكن احكم هذه عنده حكم الشاة فتأمل (قوله) ❁ ويتقاص مع المالك لو انتفع بالظهر وشبهه ❁ كما سفي الشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والتبصرة واللمعة والمهذب البارع

والفضالة امانة مدة حول التعريف فان قصد بعده التملك ملك وضمن والا فلا الا مع التفريط ولو قصد التملك ثم نوى الحفظ او قصد الحفظ ثم نوى التملك ضمن بقصد التملك فيها « متن »

والمتقهر والنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح لان لكل منها حقاً عند الآخر فيتمتصان كذا الحقوق وقال في النهاية وان كان ما اتفق عليه قد انتفع بشي من جهته اما بمخدمته او ركوبه او لبته كان ذلك بازاء ما اتفق عليه ولم يكن له الرجوع على صاحبه وقد سمعت ما في السرائر من انه لا عوض له على الاتفاق ولا ترجيح في الدروس (وقد قيل) في المذهب البارع وغيره في توجيه كلام الشيخ انه لعله حمله على الرهن لانه يحنار ذلك في باب الرهن والتعويل في ذلك على رواية السكوني الظهير يركب اذا كان مرهوناً وعلى الذي يركب النفقة والدر يشرب « الحديث » وضعفه بمنع الحكم في الاصل وانه قياس على انه قد اشترط في الرواية الرهنية وضمف السند وقصور الدلالة لجواز ارادة النقص وبكون الخرد ورد للاذن بالاتفاق بالظهير والبن (قلت) قد تقدم لنا ان الشيخ في الرهن ومن وافقه كالحلي وان حمزة وان سعيد قد استدلوا بقول الصادق عليه السلام في صحيحة ابي ولا دان كان الذي يعلقها فله ان يركبها وفيما نحن فيه بقول الصادق عليه السلام في صحيحة ابن محبوب ولكن استخدمها بما اتفقته عليها لكن ذلك يخالف القواعد المقررة على ان لك ان تقول ان صحيحة ابن محبوب غير صحيحة ايضا في عدم المقاصة بل انما تدل على جواز الاستخدام بالاتفاق فتحمّل مع ذلك انه يرجع بالزيادة ويرد مع النقيصة هذا والذي يظهر مبهم انه يجوز له ذلك الانتفاع مع النقص من غير اذن الحاكم وهو ظاهر صحيحة ابن محبوب كما في مجمع الدرهم وقال في اروضة ظاهر الفتوى جواز الانتفاع لاجل الاتفاق سواء قاص ام جعله عوضاً ونفى الخلاف من ذلك في الرياض مستنداً الى ما في الروضة (قلت) قد قلنا في الرهن ان رهنه مع عدم الاتفاق قرينة الاذن فيه وفي التصرف بل قد يفسد الرهن من دون ركوب او حلب ومنه يفهم الحال في المقام فتأمل والمراد بالمقاصة هنا ان ينظر في قيمة ما انتفع به وقدر ما اتفق فان تساوى انتهات وان تفاوتا رجع صاحب الفضل ومن البعيد ارادة المقاصة بشروطه بالشرائط المعلومة اذا حصلت (قوله) والفضالة امانة مدة حول التعريف فان قصد بعده التملك ملك وضمن والا فلا الا مع التفريط ولو قصد التملك ثم نوى الحفظ او نوى الحفظ ثم نوى التملك ضمن بقصد التملك فيها كما صرح بذلك كله في الشرائع والمسالك وكذا التحرير ولا ريب ان اللفظة امانة في يد الملتقط ما لم يتو التملك او يتعدى او يفرط فان نوى الاحتفاظ دائماً فهي امانة كذلك ولو اخذها بنية التعريف حولاً والتملك من بعده فهي في الحول امانة غير مضمونة وقد عرفت في اول باب الوديعة ان اللفظة امانة شرعية لانطباق تعريفها عليها لكن الحكم مختلف ولهذا زاد ابو العباس في تعريفها ما اقره الشارع على امساكها ليدخلها ويدخل الوديعة بعد موت المودع المشغول الذمة بحجة الاسلام (واما) انه يملك ويضمن بعد التعريف المختار اذا نوى التملك فلا تنقلها الى ملكه على وجه الضمان (واما) انه لا يضمن اذا قصد الاحتفاظ بعد الحول ولم يقصد التملك لانه امين بحسن المالك يحفظ ماله وحراسته فلا يتعلق به ضمان وحاله لم يختلف قبل الحول ولا بعده ويجوز له دفعها الى الحاكم ويجب عليه القبول بخلاف الوديعة (واما) الضمان مع التفريط فظاهر (واما) انه يضمن لو قصد التملك ثم نوى الحفظ فلا لا يحل له اخذها بهذه النية فاذا اخذها كذلك كان غاصباً ضامناً سواء تلفت بتفريطه ام لا فان دفعها الى الحاكم فالأقرب زوال الضمان ولو لم يدفعها الى الحاكم بل عرفها حولاً فالأقرب ايضا انه يجوز له التملك لان عمومات النصوص تنسأوله لانه قد اوجد سبب الملك وهو التعريف والاتقاط فيتملكها بذلك فكان كما لو دخل حائط غيره بغير اذنه فاصطاد منه صيداً فانه يملكه وان كان دخوله محرماً ولو اعتبرت نية التعريف وقت الاتقاط لا ترقى الحال بين العدل والفاسق

(الفصل الثالث في لقطة الاموال) وفيه مطلبان (الاول في الاركان وهي ثلاثة الاول)
الالتقاط وهو عبارة عن اخذ مال ضائع للتملك بعد التعريف حولا او للحفظ على المالك
وهو مكروه وان وثق من نفسه ان كان في غير الحرم وفيه يحرم على رأي ولا يحل تملكه وان
عرف طويلا « متن »

والصبي والسفيه لان الغالب على هؤلاء نية التملك حين الالتقاط من دون تعريف (ويحتمل) انه لا يمكن
من التملك لانه اخذه على وجه لا يجوز له فاشبه الناصب وقد نفى عنه البأس في التذكرة (واما) انه يضمن
لو نوى الحفظ ثم نوى التملك فلما تقدم في باب الوديعة من ان سبب امانته مجرد نية التعريف وانه استيناف
ضعيف لانه لم يثبت من جهة المالك ولا ممن يقوم مقامه فيزول بادني سبب واحداث نية الاخذ من قصد
الخيانة وذلك بخلاف الوديعة فان الاستيناف فيها من المالك لكن ذلك لا يحل بتعريفه ولا بتملكه بعد الحول
(ويبقى) الكلام ايضا في وجود هذه الضالة التي يجب تعريفها وابقائها مدة الحول وليس هي الا ما يخاف
تلفه والخميران لم تلحق بالبعير او صغار الابل والبقر والخمير على تأمل (قوله)

❁ الفصل الثاني في لقطة الاموال ❁

❁ وفيه مطلبان الاول في الاركان وهي ثلثة الالتقاط وهو عبارة عن اخذ مال ضائع للتملك بعد
التعريف حولا او للحفظ على المالك ❁ الاول ان يقيد المال بالصامت لثلا ينقض في طرده بالحيوان الضائع
حتى العبد فانه داخل في المال المطلق كما ان الاول ان يقيد الضائع بما لا يد لاحد عليه ليخرج الضائع الملقوط
لانه ضائع ما لم يصل الى ماله الا ان نقول في الاول ان اللقطة صارت اصطلاحاً في غير الحيوان ويمكن
ان يجاب عن الثاني بنوع من العناية بان يقال ان الضائع صار اصطلاحاً فيما لا يد لاحد عليه ومقتضى قوله
التملك بعد التعريف انه لو اخذه للتملك مطلقاً انه لا يكون لقطة وكذلك لو اخذه ذاهلاً عن احد الامرين
المذكورين في العبارة مع انه لقطة فيهما كما مر ويأتي واذا عرفه فيهما ملكه الا ان نقول اللام للعاقبة
فتأمل ولا ريب ان ضياع المال عن ماله معتبر في اللقطة كما في جامع المقاصد (قوله) ❁ وهو مكروه
وان وثق من نفسه ان كان في غير الحرم ❁ قد تقدم الكلام فيه في الفصل الثاني مسبقاً وبيننا ان الكراهية
ننتفي اذا حاف تلفها او التقاط من تلفها (قوله) ❁ وفيه يحرم على رأي ولا يحل تملكه وان عرف
طويلاً ❁ اختلف الاصحاب في لقطة الحرم (فالتحرير) خيرة النهاية في موضعين وحج الشرائع والتذكرة
والتحرير والارشاد والدروس ولقطة المختلف والتذكرة في موضع منها والايضاح والمهذب البارع وغاية المرام
وجامع المقاصد وجمع البرهان والرياض وهو المشهور كما في المختلف والايضاح والمقتصر وجامع المقاصد والمسالك
والمفاتيح وجمع البرهان وزاد في الاخير الاجماع عليه وفي الروضة نسبتة الى الاكثر (وليعلم) ان من الفتاوى
المذكورة والشهرات ما صرح فيه بعدم الفرق بين القليل والكثير ومنها ما اطلق بحيث يشملها ويشمل ما
كان بنية الانشاد والتملك لكن كلام النهاية يعطي ان ما نقص عن درهم يجوز التقاطه والانتفاع به وان كان
في الحرم وفي اللقطة انه يحرم التقاط ما كان في الحرم بنية التملك وظاهره انه لا فرق فيه بين كونه قليلاً
او كثيراً وجوز انتقاطه بنية الانشاد وظاهره جوازه وان كان كثيراً وهذا خيرة الخلاف فيما وجدناه وقد
نسب اليه في المسالك والكفاية انه كرهها مطلقاً والموجود فيه وفي المبسوط ادعاء اجماع الفرقة واخبارهم على
عدم الجواز اذا اخذها بنية التملك ونفى الخلاف اي بين المسلمين عن الجواز اذا اخذها ليعرفها ويحفظها على
صاحبها وظاهر الفنية انه لا فرق بين لقطة الحرم وغيره الا انه لا يجوز تملك لقطة ولا يلزم ضمانها ان
تصدق بها ثم قال ويدل على ذلك كله الاجماع المشار اليه وهذا هو الظاهر من المقنة ونحوه ما في المرامم الا

ان ظاهره ايضاً كما هو المحكي في الابضاج عن القاضي ان ما كانت قيمته اقل من درهم انتفع به من دون تعريف وهذا ايضاً ظاهر المبسوط والخلاف في مقام آخر فيهما بل في الخلاف ان عليه اجماع الفرقه واخبارهم واما قوله في المقتبة بعد كلام طويل لا بأس ان ينتفع الانسان بما يجده ما لم تبلغ قيمته درهماً واحداً ولا يعرف فاحتمال عوده الى غير الحرم اظهر لانه ذكر حكم لقطة الحرم ثم انتقل الى لقطة غيره وقرع ثم ذكر هذا الكلام وظاهر لقطة السرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز وصرح الدروس وهذا الروضة انه ان كان دون الدرهم جاز اخذه والانتفاع به من دون كراهية وان كان از يد من ذلك كان اخذه مكروهاً اذا كان مع نية الانشاد وقد حكى في السرائر كلام النهاية في الباب والحج وكلاهما بلفظ لا يجوز اخذه ولم يناقشه فيه بل فهم منه الكراهية والموافقة له واما ناقشه في باب اللقطة في حكمه بعدم صمائه اذا تصدق به وقال ان كلامه في باب الحج هو الحق اليقين لانه حكم بال ضمان اذا تصدق به وقال في المقتع وان وجدت في الحرم لقطة فعرفها ثم انما ظهر صاحبها والا تصدقت بها ونحوه ما حكاه في المختلف عن والده في رسالته وهذا بقضي بعدم الكراهية وان اقطعة الحرم يجب تعريفها مطلقاً كما ان هذين هما الظاهران من المحكي عن ابي علي وحكي كاشف الرموز عن الرسالة انه قال ان الافضل ان يترك لقطة الحرم وفي المقتع ايضاً ان وجدت ديناراً مطلقاً فهو لك لا تعرفه والكراهية خيرة التبصرة والتذكرة في موضع آخر منها والمسالك والمفاتيح وكذا الروضة والكفاية بمعنى انهم اطلقوا الكلمة ولا ترجيح في التثنيح ولم يبين حالها في لقطة الارشاد وحكي عن النبي القول يجوز تملكها بعد التعريف وهذا بقضي بعدم الحرمة لكنه قال في التذكرة لا يجوز تملكها عند احد من علمائنا اجمع وقال على القولين اي التحريم والكراهية لا يجوز التقاطها للتملك قطعاً عندنا بل يعرفها ويحفظها ويتصدق بها بعد الحول عن صاحبها وقال في المختلف لا يجوز تملك لقطة الحرم اجماعاً بل يجب تعريفها الى آخره وهذه الاجماع ظاهرة باعتبار السوق والمقام في ان معقدها غير ما دون الدرهم فقوله في المسالك لا يخفى فساد دعوى اجماع التذكرة لانه والمصنف وجماعة جوزوا تملك القليل لا يخفى فساد هذا تحرير كلام الاصحاب في المقام بعد فضل التبع والتأمل ولا تصح الى ما تراه على خلاف ذلك فقد وقع لجماعة منهم خلل كثير في ذلك (وقد تحصل) ان القول بالتحريم على الاطلاق ليس هو المشهور لان خلافه خيرة المقتع والمقتبة والنهاية كى ما فهمه صاحب السرائر والخلاف والمبسوط والمراسم والوسيلة والغنية والسرائر ولقطة الشرائع والذائع وكشف الرموز والتبصرة والتذكرة في موضع منها والدروس واللحمة والمسالك والروضة والكفاية والمفاتيح وهو المحكي عن ابي علي وعلي بن بابويه والتي وقد سمعت ما في الخلاف والمبسوط من نفي الخلاف في الجواز بين المسلمين اذا التقطه للانتشاد وما في الغنية من دعوى اجماع ومن قوله في السرائر هو الحق اليقين ونزيل كلام المحرمين المطلقين على ما اذا اخذه بنية التملك خلاف ظاهر جماعة منهم وتصريح آخر بن علي ان من القائلين بالتحريم من اشترط بعد ذلك العدالة منهم المصنف في الكتاب كما يأتي وهذا بقضي بالتخصيص وبأتي التحقيق (ثم) انهم اي القائلين بالتحريم اطلقوا القول بانها امانة من غير خلاف بينهم وانه مخير بين ابقائها امانة وبين التصديق بها عن مالكها ولم في ضمانها اذا تصدق بها قولان (وانت خبير) بانه على القول بالتحريم ينبغي ان تكون مضمونة عليه لمكان عدوانه وان ابقاها امانة في يده فقوله وما فرعوا عليه غير محرم ولهذا تردّد في جامع المقاصد ثم انه في التذكرة نفي العلم بالخلاف عن جواز اخذ لقطة الحرم للعبد لانها امانة وقد حكاه عنه في الدروس مستنداً اليه فاذا كانت جائزة للعبد بلا خلاف فبالاولى ان تجوز للحر اذا قصد مجرد الحفظ وليت شعري ماذا يقولون فيما يخشى فسادهم أيمنعون منه ويعطلون على التسارع غاية خلقه وعلى المالك الانتفاع بملكه (ونحن نقول) ان كان اخذها بنية التملك ولو بعد التعريف فاخذه حرام وان كان اخذه بنية الانشاد او كان اخذ ما دون الدرهم ونوى التملك فكروه (اما الاول) فلما كان اجماع الخلاف والمبسوط والغنية والتذكرة والمختلف وقد استدلل الشيخ والثاني بقوله صلى الله عليه وآله وسلم لا تحل

لقطتها اي مكة زادها الله شرفاً الا انشد يعني لمعرف وقوله صلى الله عليه وآله وسلم لا يحل ساقطها الا لمنشد قالوا معناه لا تحل لقطتها الا لمعرفها وقد يكون استند اصحابنا الى حسنة الفضيل بن يسار لمكان اسمعيل ابن مرار قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل يجد اللقطة في الحرم قال لا يمسه واما انت فلا بأس لانك تعرفها وخبر الفضيل بن يسار قال سألت ابا جعفر عليه السلام عن لقطة الحرم فقال لا تمس ابداً حتى يجي صاحبها فيأخذها قلت فان كان مالاً كثيراً قال فان لم يأخذها الا مثلك فليعرفها وعليه نزل رواية ابي بصير عن علي بن حمزة عن العبد الصالح موسى بن جعفر عليها السلام قال سألت عن رجل وجد ديناراً في الحرم فأخذه قال بشما صنع ما كان ينبغي ان يأخذه قال قلت قد اجبلي بذلك قال يعرفه قلت فانه قد عرفه فلم يجد له باغياً قال يرجع به الى بلده فيتصدق به على اهل بيت من المسلمين فان جاء طالبه فهو له ضامن ومرسل ابراهيم ابن ابي البلاد قال الماضي اعني المسكري لقطة الحرم لا تمس يد ولا برجل وقد استدلب القائلون بالتحريم مطلقاً بهذه الاخبار وبقوله جل شأنه او لم يروا انا جعلنا حرماً آمناً ذكر ذلك في المبسوط والايضاح وغيرهما وضعت في المسالك الجميع بما يرجع حاصله الى منع دلالة الآية وضعف اسانيد الروايات مع تضمن بعضها لقطة لا ينبغي الصريحة في الكراهية وبعضها لفظة فان لم يأخذها الا مثلك فليعرفها الظاهرة في الكراهية اذ لو كان محرماً لسأوى غيره بل الظاهر منه ان اخذ الثقة غير مكروه او اقل كراهية وحال مطلق اللقطة كذلك بل قد ورد فيها بمثل هذه العبارة ما هو اصح سنداً (منها) كان علي بن الحسين عليها السلام يقول لاهله لا تمسوها (ومنها) لا تعرض لها (قال) ويؤيد الحكم بالكراهية الخبر عن اللقطة ونحن يومئذ بنى فقال اما بارضنا هذه فلا تصلح وقال شيخنا في الرياض في جميع ما ذكره عدا الجواب عن الآية نظر لانجبار قصور الاسانيد بالشهرة الظاهرة المحكية في كلام جماعة واعتضاده باصل حرمة التصرف في ملك الغير الا برخصة من الشرع في في المقام مفقودة (قلت) قد عرفت حال الشهرة وان الشهرة المعلومة والاجاعات المنقولة على خلاف ذلك والاصل مقطوع والرخصة موجودة بالاجاعات واطلاقات الاخبار كقول الصادق عليه السلام في خبر النباهي لقطة الحرم تعرف سنة فان وجد صاحبها والا تصدق بها وخبر الحسين بن كثير عن ابيه ونحوه خبر علي بن جعفر وصحبة الحلبي والضعف في بعضها مخبر بالشهرة معتضد بالاجاعات وقال في الرياض في رد ما في المسالك لفظة لا ينبغي وان اشعرت بالكراهية الا ان بشما صنع اظهر دلالة على الحرمة منه على الكراهية ودعواه الصراحة ممنوعة كيف لا واستعماله في الحرمة والاعم شائع في الاخبار حتى انكر بعض الاصحاب اشعاره بالكراهية (قلت) لا ريب ان لا ينبغي ظاهر في الكراهية كما ان بشما صنع ظاهر في الحرمة فظاهران تمارضاً وستعرف الراجح وقال في الرياض في رده ايضاً دلالة ان لم يأخذها الا مثلك على الكراهية غير نافعة للقائلين بالكراهية لعدم تفصيلهم في الحكم بين الفاسق والثقة نعم ربما يوجد هذا التفصيل في كلام بعض القائلين بالحرمة فتكون ضارة لم لا نأقعه (قلت) قد عرفت انهم يفهمون من النهي في هذه الاخبار ارادة الاخذ للتملك لا لتعريفها لصاحبها وقال في الرياض في رد المسالك واما النصوص الصحيحة المتضمنة لنحو ما في روايات المسألة من المنع عن اخذ مطلق اللقطة فهي مما تؤيد القول بالحرمة لاطلاقها بالمنع الشامل للقطة الحرم وغيره ولا اجماع على تقييده بالثاني وانصراف النهي فيها الى الكراهية لوقوع الخلاف فيه ايضاً حرمة وكراهية كما يستفاد من المختلف حيث قال الاشهر الكراهية بعد ان حكى المنع عن الصدوق والنهاية (قلت) الاجماع على انصراف النهي فيها الى الكراهية معلوم ومنقول في عدة مواضع كما تقدم في الفصل الثاني بل هو مستفاد زيادة على ما تقدم من موضع آخر من التذكرة ومن التنقيح ثم انه في المختلف لم يحك المنع عن النهاية تصريحاً ولا ظهوراً وانما قال ان عبارتها تشعر بذلك وحقاً كلام الصدوقين (الصدوق خل) برمته ونسب الى الاول اولوية الترك ولم ينسب المنع الى الثاني ثم انه متى كان مثل ذلك يقدر عنده في الاجماع بل التقييد يقضي به مرسل الفقيه المخبر بالشهرة وهو قوله عليه السلام افضل ما يستعمله الانسان في اللقطة

ويستحب الاشهاد « متن »

اذا وجدها ان لا يأخذها ولا يتعرض لها والاطلاق ينصرف الى الغالب وهو لقطة غير الحرم لا الى النادر مضافاً الى خبر الخاتم الذي في يده الذي جاء به السيل فلا ريب في تقييد تلك الصحاح ثم قال في الرياض وعلى تقدير الاجماع على الكراهية فلا دلالة فيه على التقييد المتقدم اليه الاشارة بعد احتمال كونه مقيداً لها بصورة العكس اي التحريم وانها لقطة الحرم قال بل هذا اولي لتعدد المجازية في الاحتمال الاول من التقييد وصرف النعي فيها الى الكراهية ولا كذلك الثاني فان اللازم فيه انما هو الاول ويكون النعي فيه باقياً على الحرمة (قلت) على صورة العكس ينبغي ان يقيد ايضاً بصورة نية التملك وعدم نية التعريف والحفظ للمالك ثم ما الباعث لحمل هذه الاطلاقات على الفرد النادر جداً فان كان الباعث تعدد المجاز فحذوره مما يضمنحل بالنسبة الى التدرية والاجتماعات والمرسل المتجبر وان كان الباعث اخبار المسألة فقد عرفت المراد منها وعلى تقدير التسليم فلا بقوى ذلك الى معارضة ذلك هذا وصرف النعي في هذه الصحاح الى الكراهية لمكان الاجماع والاخبار لا يقضي بصرف اخبار المسألة اليها مع قيام الاجماع على الحرمة بقصد التملك واستفادة ذلك من سوقها ومن اخبار العامة (واما) خبر يعقوب بن شعيب بن ميثم التمار الكوفي الذي ابد به صاحب المسالك الحكم بالكراهية في اخبار المسألة فهو هذا سألت ابا عبد الله عليه السلام عن اللقطة ونحن يومئذ بنى فقال اما بارضنا هذه فلا نصلح واما عندكم فان صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع ثم هي كسبيل ماله وهو محتمل وجوهاً (احدها) ان المراد من قوله عليه السلام لا تصلح انه تحرم لان الغالب قصد التملك بعد التعريف (الثاني) ان المراد انه اشد كراهية ان نوى التعريف والحفظ على المالك (الثالث) ان المراد انه لا فائدة فيه لللقطة لانه لا يملكه بعد التعريف واما عندكم فانه يملكه وقد رواد في الرياض مع ولا على المسالك انه سأله عن اللقطة بنى فنوم صاحب الرياض ان قوله بنى صلة اللقطة لا صلة سأله فقال انها مشعرة بل ظاهرة في اختصاص الكراهية وعدم الصلاحية بنى ولا قائل به من الطوائف واطال في ذلك في غير ما طائل والمراد بقوله عليه السلام بارضنا هذه ارض الحرم لا خصوص منى بقرينة قوله واما عندكم فان المراد به ارض الكوفة لأن يعقوب بن شعيب هو ابن ميثم التمار وهو كوفي (واما الثاني) وهو انه مكروه اذا كان اخذه بنية الانشاد فلنفي الخلاف فيه بين المسليين في الخلاف والمبسوط مضافاً الى ما قد يظهر من الغنية من دعوى الاجماع وكذا السرائر بما لعله يفهم من قوله الحق اليقين والى ما في التذكرة من نفي العلم بالخلاف عن جوازها للعبد لانها امانة كما سمعت ولما في حسنة الفضيل بن يسار من قوله عليه السلام واما انت فلا بأس لانك تعرفها ولما في خبره فان لم يأخذها الا شاك فليعرفها وقوله صلى الله عليه وآله وسلم في العامية لا تحمل لقطتها الا لمنشد لا تحمل ساقطتها الا لمنشد والضعف منجرب بالشهرة (واما الثالث) وهو كراهية اخذها دون الدرهم مع نية التملك لانك قد عرفت ان الاجماع المدعاة على عدم جواز التملك لا تتناوله وكذا الشهرة على تحريم الانقاط ان تمت ولقول الصادق عليه السلام في المرسل فما كان دون الدرهم فلا يعرف وعمومه لان كان لغوياً يتحمل المأخوذ من الحرم وغيره وقوله عليه السلام في المرسل الآخر وان كانت اللقطة دون الدرهم فهي لك والارسل منجرب بالشهرة كما عرفت بل قد يحمل على ذلك خبر الخاتم الذي جاء به السيل ولا نظن ان احداً يمنع من اخذ الثمرة او اللقمة او نحو ذلك من الحرم وقد تقدم الكلام في انه يملك من غير تعريف وبأني ايضاً (قوله)

❁ ويستحب الاشهاد ❁ اجماعاً كما في الخلاف وليس واجباً عند علاننا كما في التذكرة وبه اي الاستحباب صرح في المبسوط واكثر ما تأخر عنه للاصل وعدم ذكره في اخبار الخاصة وحملوا اكثر اخبار العامة وانما هو مأمور به في خبر واحد من اخبارهم ولو كان واجباً لذكر كالتعريف في اخبارنا واكثر اخبارهم الواردة في مقام الحاجة والا لزم تأخير البيان عن وقت الحاجة ولأنه اخذه امانة فلم يفتقر الى الاشهاد كالوديعة وواجبه ابو

فيعرف الشهود بعض الاوصاف لتحصل فائدة الاشهاد ولو علم الخيانة حرم الالتقاط ولو خاف في الجواز نظر ويحصل الالتقاط بالأخذ بالروية وان اختصت بغير الملتقط اذا علمه بها ولو قال ناولنيها فان نوى الأخذ لنفسه فهي له والا فهي للامر على اشكال «متن»

حقيقة والتأني في أحد قولي وجه الاستحباب انه به يصون نفسه عن الطمع ويحفظها عن ورثته لو مات وعن عزمائه لو افلس نعم يجب الاشهاد اذا حضرته الوفاة كما تقدم في الودعة (قوله) ❁ فيعرف الشهود بعض الاوصاف لتحصل فائدة الاشهاد ❁ كما في التذكرة والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة قالوا يعرفهم بعض اوصافها كالعدة والوعاء والمفاح (١) والوكاء لا جميعها قال في التذكرة ينبغي له ان يشهد على جنسها وبعض صفاتها من غير استقصاء لئلا يذيع خبرها فيدعيها من لا يستحقها فيأخذها اذا ذكر صفاتها ان اكتفينا بالصفة او بواطىء الشهود الذين عرفوا صفاتها على التفصيل فيأخذها بشهادتهم اما اذا ذكر بعض صفاتها واهمل الباقي انتفت هذه الحجة ولا ينبغي الاقتصار في الاشهاد على الاطلاق بان يقول عندي لقطة ولا على ذكر الجنس من غير ذكر وصف لئلا يموت فيكتفها الوارث قال وللشافعي قولان احدهما ان يشهد على اصلها قال ويجوز ان يذكر جنسها والثاني ان يشهد على صفاتها ايضا لئلا يأخذها الورثة انتهى وهذا ذكرهما في المسالك لاصحابنا على الظاهر من كلامه وقال ان الاول اشهر وهو غير صحيح اذ ليس لاصحابنا غير ما ذكرناه (قوله) ❁ ولو علم الخيانة حرم الالتقاط ❁ كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد لان الاخذ الذي يكون وسيلة الى الحرام حرام لكن عبارة التذكرة هكذا اذا علم الخيانة من نفسه ومعناه انه يعلم من نفسه في الحال انه خائن لانه قال واما الامين في الحال اذا علم انه لو اخذها خان فيها وفسق فالاقرب الكراهية التدبيرة دون التحريم وهذا بظاهره يخالف الكتاب وكذا قوله في التحرير ولو علم الخيانة من نفسه فالاقرب شدة الكراهية لا التحريم الا ان يراد من العلم الظن فتأمل جيدا والمراد بالخيانة نية التملك والتصرف (قوله) ❁ ولو خاف في الجواز نظر ❁ قال في الابحاح الاصح التحريم وفي جامع المقاصد انه اولى لان الخوف من الوقوع في المحرم الموجب للتأنيب يدفعه باجتنب ما يقتضيه ولان الامانة لا تليق بمن لا يثق من نفسه وجزم بالكراهية في الدروس وهو جيد للاصل اي اصل جواز الالتقاط واصل براءة الذمة والمانع الذي هو الخيانة غير معلوم قال في الدروس وتناكد اي الكراهية في حق الفاسق وقد سمعت ما في التذكرة والتحرير ولعل المدار في الخلاف على ان خوف الخيانة هل هو من قبيل ما يتمسك فيه باصل البرائة حتى يكون من قبيل مشبه الموضوع او مما لا نص فيه او من قبيل ما حكم فيه العقل بضرب القاعدة واعطاء القانون وهو ان دفع الضرر المظنون واجب فلا يتمسك فيه باصل البرائة ولعل نظر الشهيد الى الاول ونظر المفخر والكركي الى الثاني وتأمل المصنف لمقام قيام الاحتمالين (قوله) ❁ ويحصل الالتقاط بالاخذ لا بالروية وان اختصت بغير الملتقط اذا علمها ❁ يريد انه لا يحصل الالتقاط بالروية وان اختصت بغير الملتقط بان كان هو الرأي فأعلم الآخر بها فالتقطها كما اذا كان اعمى لان الحكم منوط بالالتقاط وان تسبب عن روية الآخر واعلامه كالاصل والاحتياط كما في التذكرة وجامع المقاصد واليه اشار في المبسوط وقد تقدم مثل ذلك في اللقيط (وقال) في جامع المقاصد لا يخفى ما في العبارة من التعقيد فان الاختصاص بالروية مع تجدد روية الآخر غير مستقيم (قلت) هذا غير وارد لما مر من فرض كونه اعمى (قال) وكلمة اذا غير واقعة في الموقع (قلت) اذا فرضنا كونه اعمى كانت في موضعها (قال) وضميرها ليس له مرجع معين في العبارة (قلت) هو كذلك لكنه مستفاد منها اذا الالتقاط يستفاد منه اللقطة (قوله) ❁ ولو قال ناولنيها فان نوى الاخذ لنفسه فهي له والا فلا امر على اشكال ❁ ونحو ذلك ما يأتي له في باب الاجارة في عدم

(الثاني) الملتقط وهو كل من له اهلية الاكتساب (الكسب خ ل) وان خرج عن التكليف او كان عبداً او كافراً او فاسقاً نعم يشترط في لقطة الحرم العدالة « متن »

الترجيح في جواز الاستيثار للاحتياط ونحوه من المباحات قال في التذكرة الحكم بيني على جواز التوكيل في الاصطياد ونحوه فان سوغنا التوكيل عمل بمقتضى نية الاخذ والا كانت للأخذ خاصة ونحوه ما في الايضاح وجامع المقاصد وقال في الاخير وذلك مبني ايضاً على ان تملك المباحات هل يشترط فيه مع الحيازة النية وهي المقصد الى التملك ام ثبت بمجرد حيازتها وقال في باب الاجارة ان هذا البناء لا يصح وفي باب الوكالة انه غير واضح لانه انما يتم اذا قلنا ان المباح يملك بالحيازة على وجه القهر كالارث وان نوى عدم التملك ولا دليل يدل على ذلك وقد صرحوا بان من حفر بئراً في طريق لفرض الاستقاء منها مدة اقامته عليها يكون اولى بها الى ان يرتحل عنها ثم هو وغيره سواء فيها فيتصور جواز الاستيثار والتوكيل وان لم نقل بانه يشترط في تملك المباحات النية نعم تقول يشترط عدم نية الضد ومثل هذا ما قاله هنا انه لا بد من ان لا يقصد بالاخذ عدم التملك فلو حول شجرة او حجراً مثلاً مباحاً في الطريق من جانب الى جانب آخر قاصداً بذلك تخلية الطريق ونحو ذلك فدخوله في ملكه بمجرد هذا مستبعد جداً ومثله ما لو نحى المال الفاسق من جانب الى آخر فانه ينبغي ان لا يكون ملتقطاً وان ضمن مال الغير لانبأت اليد عليه على اشكال في هذا انتهى (قلت) لا بد في تملك المباحات من النية لظهور دعوى الاجماع من جماعة على عدم تملك الصائد (الصياد خ ل) الدرة التي في جوف السمكة مع الجهل بها واستفاضة الاخبار بذلك حكاهما فيها حكى في الوسائل عن الكافي وقصص الانبياء والامالي وتفسير مولانا العسكري عليه السلام مؤيداً ذلك بقوله عليه السلام لكل امرء ما نوى ولا قائل بالفصل وما في مقامين من جامع المقاصد من منع صدق الحيازة هنا لان المحوز هو السمكة وما في بطنها لا يعد محوزاً شرعاً ولا عرفاً ولا لغة كما لو اخذ النائم الشيء فلا بد من قصد الحيازة واما قصد التملك فلا يشترط في محل المنع اذ المحوز الجمع وضم الشيء وكل من ضم الى نفسه شيئاً فقد حازه قاله اهل اللغة فتأمل وياً في تمام الكلام (واما) ما في الايضاح من ان مجرد الاخذ يوجب الالتقاط كما في الصبي والمجنون من غير اعتبار القصد (نجوابه) ان اخذ الصبي مع نية الولي عمدة للمباحات مصححة للالتقاط فكان اخذه له جزء سبب فيهما وقد عرفت ان اخبار الباب خاصة بالكافرين لتضمنها الامر بالحفظ او الصدق او التملك او الشيء من ذلك لا يتوجه الى الصبي فوجوب الالتقاط في كلاء الايضاح بمعنى ترتب احكامها عليه مشكل جداً بعد اقتضاء الاصل الدم فالحكم بجواز التقاطه خارج بالاجماع او ان التقاطه جزء سبب او كالتجوير وقد عرفت ايضاً ان اللقطة في ابتدائها امانة وولاية لان الشارع فرض اليه حفظها وتعريفها والاكتساب انما هو في انتهاء امرها واما اخذ المباحات غيرها فهو اكتساب محض فيمكن ان نقول انه لا بد في اللقطة التي يجب تعريفها من النية كما هو المعتمد عند علاننا كما في التذكرة وان قلنا بعدم اشتراطها في تملك المباحات لانه لا بد فيها من نية الامانة في اول الامر والحفظ للمالك وبعد الحول بتخير بين البقاء على ذلك وبين التصديق بها عن المالك وبين نية التملك واما مالا يجب تعريفها فهي كسائر المباحات فلم يكن الحكم في المسألة مبنياً على ما ذكره ويحصل من هذا انها لا تدخل في ملك الملتقط قهراً بعد التعريف بلا فصل كما عليه الاكثر لانه لا ان يبقيا امانة او يصدق بها عنه (وينبغي) التنبيه على فرع آخر وهو ما اذا رأى شيئاً مطروحاً على الارض فدفعه برجله ليعرف جنسه او عقده ثم لم يأخذه حتى ضاع فالظاهر انه لا يصير بذلك لقطة لكنه يضمه لانه حرك ساكناً فله (قوله) الثاني الملتقط وهو كل من له اهلية الكسب وان خرج عن التكليف او كان عبداً او كافراً او فاسقاً نعم قد استوفينا الكلام في ذلك كله في الفصل الثاني (قوله) نعم يشترط في لقطة الحرم العدالة قد صرح في الدروس بان اربعة لا يجوز لم اخذ لقطة الحرم الصبي

ثم قال: «...» بنفسه أو يدع إلى الحاكم، ثم ان اختيار الفاسق أو الكافر التملك دفعه الحاكم إليه والافالحيار الملتقط حيث أن شاء ابقاه امانة في يد الحاكم أو غيره وليس للحاكم مطالبة الفاسق بعد الحول بكفيل «متن»

والمنجون والكافر والفاسق لانها امانة محضة وعليه نص في التذكرة والمسالك غير أنه في التذكرة لم يصرح بالمنجون وينبغي اضافة السفيه اليهم ونص في التحرير على عدم الجواز للثلاثة الاول وتردد في الفاسق وتردد في الشرايع في الاربعة ونصوا هو لا جميعاً على حوازا لا مبدوس في جامع المقاصد كما في نسختين منها (منه ظ) فباحكاه عن الدروس من عدم جوازها للعبد (ويان الحال) انه لما لم يصح تملك لقطة الحرم التي يجب تعريفها بحال وقد سمعت الاجماع الناطقة بذلك كانت امانة محضة وكان اخذها مجرد حفظ وولاية وهو لا الاربعة ليسوا اهلاً لحفظ الامانات فاذا اخذها احدهم لم يكن له ولاية ولا اولوية على حفظها بل يجب على الحاكم ان ينتزعها ويحفظها بما يراه واما العدل فتقرر في يده على قصد الحفظ فيكون المصنف في الكتب الثلاثة قائلاً بالحرمة لغير العدل وهذا مما يوهن اطلاقهم كما نهى عليه هناك او يكون اراد على بعد انه يجوز للحاكم انتزاعها عليها وبقائه في يده فيزول التحريم حينئذ ان قلنا ببقاء وصف العدالة والا فقد يقال انه لو اصر على ابقائها في يده خرج عن العدالة ان جعلنا معصية التقاطها صغيرة (قوله) ❦ ثم للعدل ان يحفظ بنفسه او يدفع الى الحاكم ❦ كما في التذكرة والارشاد وجمع البرهان والمفاتيح وهو قضية كلام الباقرين لان الحاكم ولي الغائب ومنصوب للصالح فيجب عليه القبول لانه حفظ مال من هو وليه ووكيله وقد تقدم ان الاكثر خيره في التنازع في الفلاة بين حفظها لملكها ودفعها للحاكم وبين تملكها وخيره ايضاً فيما اذا التقط مالا يبق كالطعام بين تقويمه على نفسه ودفعه للحاكم وخيره جماعة فيما يحتاج بقاءه الى موثقة بين علاجه نفسه وبين دفعه الى الحاكم وآخرون عينوا عليه الرجوع اليه وقد يلوح من سكوت الاكثر عن ذكر التخيير المذكور هنا وذكرهم له في المواضع الثلاثة انه مما لا يجوزونه وليس كذلك (قوله) ❦ وغيره بتخيير الحاكم بين انتزاعه منه وبين نصب رقيب الى ان تمضي مدة التعريف ❦ يريد بغير العدل الكافر والفاسق واما الصبي والمنجون فلا ريب انه لا يقر في ايديهما والمصنف خير الحاكم بين الامرين المذكورين وظاهره ان ذلك على سبيل الوجوب لعدم كونها من اهل الامانة على مال الغير وقال او علي كان لولي المسلمين اخراجها من يده الى من يثق به عليها ونص في المبسوط على انها تقر في يده ونقل قولين احدهما انها تنزع من يده والاخر انها تترك ثم قال ومن قال انها لا تنزع فانه يضم اليه آخرو وقد يظهر منه انه مختاره واختار في المختلف ابقائها في يده وفي التذكرة اوجب مع علم الحاكم بخيانتها ضم مشرف اليهما والا استحب ولعله خيرة الدروس حيث قال ولا يضم الحاكم اليه مشرفاً على الاقرب واختاره في جامع المقاصد عملاً بالاصل والمراد به عموم الاذن في الالتقاط وربما كانت للفاسق امانة والالتقاط في معنى الاكتساب لا استئمان محض فلا يعرض له الحاكم (وربما) استدلل عليه بانها يخل بينهما وبين الودعة (وفيه) ان الاذن فيها من المالك وفي اللقطة من الشارع وليس له استئمان غير العدل على مال الغير ويأتي في الصبي ما يحالف ذلك فليحفظ ولا ترجع في المسالك والمفاتيح ولم تعرض لذلك غير من ذكرنا فيما اجد وظاهر الباقرين انها تقر في ايديهما لانهم افما ذكرنا تأكد كراهتها للفاسق قال في التحرير لم اقف لعمائنا على نص في انتزاع اللقطتين من يد الفاسق او ضم حافظ اليه مدة التعريف وقد سمعت ما في المبسوط لكنه ليس نصاً واقصاه الظهور او لم يظهر به والمراد بالقطنتين لقطة الحرم ولقطة غيره وفي جامع المقاصد انها لقطة الحيوان ولقطة الاموال وعبارته كادت تكون نصاً فيما ذكرناه والامر سهل (قوله) ❦ ثم ان اختيار الفاسق او الكافر التملك دفعه الحاكم اليه والافالحيار للثلاثة ان شاء ابقاه امانة في يد الحاكم أو غيره وليس للحاكم مطالبة الفاسق بعد الحول بكفيل ❦

أما الصبي المجرب شرعي زعمه من ... رتابة ... الصبي ...
أحدهما ولو اتلفه الصبي ضمن ويؤتلف في يده فالأقرب ذلك لأنه ليس أهلاً للامانة ولم
يسلطة المالك عليه بخلاف الإيداع « متن »

الوجه في الجميع ظاهر (قوله) **أما الصبي والمجنون** فللولي زعمه من يدهما
قد تقدم في باب الفسالة صحة التقاط الصبي والمجنون وإن لم تقف فيه على مخالف وان كانت
القواعد والاختبار قد تعطي خلاف ذلك كما مر مسبقاً ويدتنا أنه لا يلتفت إلى ما في الكفاية هنا وما
في المفاتيح وقوله للولي زعمه معناه أنه يجب عليه زعمه منه كما صرح به في التذكرة وجامع المقاصد وهو ظاهر
المبسوط والتحرير والوجه واضح لانهما ليسا من أهل الامانة واللقطة كالمال المملوك فكما يجب على الولي اخذ
مالها من ايديهما ويحرم تمكينهما منه خوف اتلافه فكذا يجب انتزاع اللقطة منهما ومع التخصير في انتزاع اللقطة
منها والتلف بضمن كما هو صريح التذكرة والتحرير والكتاب والايضاح وجامع المقاصد فيما يأتي لأن هذا
اكتساب الطفل كاحتطابه واحتاشه فلا يجوز للولي جعله في يده لأنه أمين له فيجب عليه حفظ أمواله فإذا
تركها في يده كان مفرضاً والأمين إذا فرط ضمن (قوله) **وتملكها أباه** بعد مدة التعريف **كما**
نص عليه في التحرير والتذكرة والدروس والروضة بفعل بعد الحول الا حط لها ونحوه ما في المبسوط من أن
المولى عليه أن كان ممن يستقرض له فإنه يستقرضه له ويملكه أباه والا فلا وهو بناء على أن تملك اللقطة
وتملكها استقراض (وفيه) أنه لو جرى مجرى الاقتراض لم يصح التقاطها أي الصبي والمجنون فتأمل (قوله)
ويتولاه الولي أي يتولى التعريف الولي كما نص عليه في المبسوط والتذكرة والتحرير والارشاد
والدروس وجامع المقاصد والروضة وغيرها لأنه قائم مقام كل منهما وهما ليسا من أهل التعريف كذا قال في
التذكرة ولا يجد مانعاً منه إذا كان الصبي مميزاً إذ الغرض الاعلام وقد حصل فتأمل (قوله) **أو أحدهما**
هذا من متفردات الكتاب ووافقه عليه في جامع المقاصد قال لتمكنهما من تملك المباحات وهذا في معناها وهو
لا يتم في غير المميز والمجنون المطبق واحتمال اعادة تولي التملك ان تم فيها بعيد وإن احتاج التعريف إلى
مؤنة لم يصرف مال الصبي إليه ورفع الأمر إلى الحاكم ليبيع جزءاً منها لمؤنة التعريف (قوله) **ولو**
اتلفه ضمن **كما** في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقد استبنا الكلام في ذلك في أول باب الوديعة
نقضاً وإبراماً وقلنا أن مقتضى الأصول والضوابط عدم الضمان كما في حجر التذكرة والتحرير إذ لا دليل على
كونه من باب الأسباب الا قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما أخذت وهو مختص بالملك الكسب قد
يظهر من جماعة أن الضمان اجماعي وقلنا أنه يمكن الاستدلال بخبر السكوني من إخراج ميزان الحديث (قوله)
ولو تلف في يده فالأقرب ذلك لأنه ليس أهلاً للامانة ولم يسلطة المالك عليه ما قرره المصنف
هو الأصح عند ولده وقد احتمله في التحرير وجزم في التذكرة بعدم الضمان لأنه أخذ ماله أخذه وفي جامع
المقاصد أنه الأصح لكنه في باب الحجر قال إن الإهمال في الحفظ والتفريط لا يكاد يقصر عن الاتلاف
فيلزمه أن لا يفرق بينه وبين ما قبله فتأمل . ووجه عدم الضمان أنه إنما يثبت حيث يجب حفظه والوجوب
لا يتعلق بهما لأنه من خطابات الشرع وعلي في قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما أخذت ظاهره في
وجوب اللبس والحفظ فيكون الخبر من باب خطاب الشرع وقد حكوا في باب الوديعة أنها لو استودعا وتلفت
لم يضمنوا ولا فرق بين لقطتهما وإيداعها لانهما مأذونان في كليهما من الشارع لأنه أذن لكل ملئقط وهما
داخلان في ذلك (وليس) لك أن تقول أنهما اثبتا يدهما على مال الغير بغير إذن من المالك فتكون يد عدوان
بل أن كل ملئقط كذلك إذ لا إذن له من المالك وإنما هي إذن الشارع فكان المال كأنه قد حصل في يده برضا
المالك ولا يلزم من ذلك كونهما مستأمنين شرعاً بل المستأمن هو الولي ولهذا وجب عليه انتزاع العين من

ولو قصر الولي فلم ينتزعه حتى اتلفه الصبي او تلف فلا قرب تضمين الولي وللعبد اخذ اللقطين فان عرف حولاً ثم اتلفها تعلق الضمان بقربته يتبع به بعد العتق وكذا لو لم يعرف ولو علم المولى ولم ينتزعه ففي تضمينه اشكال ينشأ من تفريطه بالاهمال اذا لم يكن اميناً ومن عدم الوجوب بالاصل « متن »

ايديهما فها مأذونان باثبات اليد كسائر الملتقطين غير مكلفين بالتسليم للولي لعدم التكليف فانحصر الوجوب في الولي اذا علم بالالتقاط فلا يستقيم فرق المصنف هنا بين الابداع والالتقاط وقد اعترف بعدمه في التذكرة كما اوضح ذلك كله في جامع المقاصد (وايضاً) لو كانت يدهما يد ضمان لوجب ان تكون يد الولي كذلك لان يده مبنية على يدهما ولا يلزم من امر الشارع اياه بالاخذ زوال الضمان الذي كان وبه اجاب في جامع المقاصد عما في الايضاح قال محصل ما بين به للشارح وجه القرب يرجع الى ان الصبي والمجنون لها اهلية الاكتساب وليس لها اهلية الامانة فيكون التقاطهما اكتساباً محضاً لا استئذان فيه فاذا تلفت العين كانت مضمونة وربما يقال لا بعد فيه كمن التقط بنية التملك من اول الامر فيدهما من اول الامر يد ضمان ونظر فيه اي صاحب جامع المقاصد بانتهما وان لم يكن لها اهلية الامانة لا يلزمها الضمان بالتلف الحاصل من غير جهتهما وبان يدهما لو كانت يد ضمان لوجب ان تكون يد الولي كذلك وقد عرفت انه لولا ما يظهر من دعوى الاجماع والخبر لكان لنا تأمل في الضمان فيما اذا اتلفا (قوله) ﴿ ولو قصر الولي فلم ينتزعه حتى اتلفه الصبي او تلف فالاقرب تضمين الولي ﴾ قد تقدم بيان وجه الاقربيه ووجه العدم انه لم يدخل في يده والاصل براءة التهمة وهو ضعيف جداً (قوله) ﴿ وللعبد اخذ اللقطين ﴾ قد تقدم الكلام في ان له اخذ لقطة المالك الصامت والحيوان مستوفى في اول الفصل الثاني فيحتمل ان يريد لقطتي المالك (الاموال خ ل) والضوال ولم يفهم غيره صاحب جامع المقاصد وان يريد لقطتي الحرم وغيره كما ذكره في التذكرة وبه فسر في المسالك عبارة الترانع وقال في الدروس واما لقطة الحرم فجائز اخذها للعبد لانها امانة قال الفاضل لا نعلم فيه خلافاً انتهى ومراده انه لا اشكال في اخذ العبد لقطة الحرم وانه ليس الحال فيه كالحل وما حكاه عن الفاضل هو قوله في التذكرة للعبد اخذ لقطة الحرم كاله اخذ لقطة الحل ولا يجوز له التملك ولا لسيده والمدير وام الولد كالقن ولا نعلم فيه خلافاً انتهى فتأمل (قوله) ﴿ فان عرف حولاً ثم اتلفها تعلق الضمان بقربته يتبع به بعد العتق ﴾ كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد مع الحكم بان التعلق بذمته فكان كما لو استقرض قرضاً فاسداً فاستهلكه فانه يتعلق بذمته وهو المراد بقول المصنف بقربته وفي المفاتيح انه يتعلق بقربته كالكتاب وكذلك لو تملكها كما في المبسوط والتذكرة والتحرير غير انه قال في المبسوط تعلق الضمان بقربته كالكتاب وقد يكون اراد بها ذمته او اراد ما يذهب (ماذهب خ ل) اليه الشافعية في احد وجهيه من ان الضمان يتعلق بقربته كما لو غصب شيئاً فتلف قالوا وليس كالقرض لان صاحبه سلمه اليه لكن الحكم في الاصل عندنا ممنوع كما في التذكرة وقال ايضاً وكذا لو تلفت بتقصير منه فعندنا يتعلق بذمته والمفروض في مسألة الكتاب وما في المبسوط ان المولى لم يأذن له في التملك ولا في الاتلاف بل لا علم له بها (قوله) ﴿ وكذا لو لم يعرف ﴾ كما في التذكرة لانه اذا اعرض عن التعريف ضمن كالحرق في ذمته ولعله اشار الى بطلان ما فرق به بعض الشافعية من ان الاتلاف في السنة او بدون تعريف خيانة محضة فيتعلق الضمان بقربته وبعدها مع التعريف يدخل وقت الارفاق فاستهلاكه لها يشابه استقراضها وهو فاسد كما عرفت (قوله) ﴿ ولو علم ولم ينتزعه ففي تضمينه اشكال ينشأ من تفريطه اذا لم يكن اميناً ومن عدم الوجوب بالاصل ﴾ اذا التقط بنير اذن المولى وكان اميناً جاز للمولى ابقائها عنده الى ان يعرفها ثم يفعل بها احد

ولو اذن له المولى في التملك بعد التعريف او انتزعها بعده للتملك ضمن السيد ولو انتزعها السيد قبل مدة التعريف لزمه اكاله فان تملك او تصدق ضمن وان حفظها لمالكها فلا ضمان «متن»

الامور الثلاثة وظاهر من تعرض له ان لا تأمل فيه ولا خلاف وان لم يكن امينا وتركها في يده فقد قال في المبسوط انها تكون في ضمان السيد لانه كان قادراً على انتزاعها من يده فلما تركها في يده تعدى تركه فصار كما لو وجدها وسبها الى فاسق فانه بضمها انتعى وحاصل كلامه انه يجب على المولى انتزاعها منه وترد في الشرائع في الضمان وقال في المختلف فيه نظر وفي جامع المقاصد هو مشكل لكنه اختر مد ذلك كالتحريم والمسالك عدم الضمان وهو الظاهر من التذكرة لانه لا يجب على المولى انتزاع مال الغير من يد عبده كما في المختلف والدروس وجامع المقاصد ووجهه ان للعبد ذمة والخال انه لا يذن له في الالتقاط ولا اثر لعله كما لو رأى عبده يتلف مالا لغيره فلم يمنعه فانه لا يضمه بل نقول انه يكفينا التك في وجوب حفظ مال الغير خصوصاً مع وجود يد متصرفه ذات ذمة فمن قرب عبده الضمان او استظهره فلا نه استظهر عبده وحبوب الانتزاع على المولى ومن ترد في هذا ترد في ذلك وهو قضية القواعد ما في المسالك من اما ان اوجبنا على السيد الانتزاع احتمل الضمان وعدمه غير وجه وفي الدروس لو كان العبد غير مميز لانه ضمان السيد وكأنه نزلته اي غير المميز منزلة دابته حيث يجب منها من اتلاف مال الغير والا ورد عليه ما ورد هناك من انه لا يجب على المولى انتزاع مال الغير من يد عبده واما اذا قبض المولى ردها اليه وكان حائناً فالظاهر انه لا خلاف في ضمانه وعليه نص في التذكرة كما انه يضمن اذا اذن له في الالتقاط وكان حائناً اذا قدس في الانتزاع وعليه نص في جمع المقاصد وقد تأمل فيما اذا لم يقصر ولعل الاقرب حينئذ عدم الضمان وفي حكم الاذن رضاه بعد الالتقاط (قوله) ❁ ولو اذن له المولى في التملك بعد التعريف ❁ اي ضمن السيد قد تقدم ان العبد اذا اتلفها بعد تعريفه لها حولاً تعلق الضمان بذمة العبد بتم به بعد العتق او المفروض ان المولى لم يأذن له في التملك ولا في التصرف بل لا يملك له بها واراد هنا ان يبين ما اذا تلفت بعد الحول وقد اذن له في التملك فحكم بانه يضمن بحيث يتناول اطلاقه ما اذا اجرى العبد صيغة التملك او لم يجزها قال في التذكرة وان تلفت بعد مدة التعريف فان اذن له السيد في التملك وجري التملك ضمن وان لم يجز التملك بعد الاقوى تعلق الضمان بالسيد لانه اذن في سبب الضمان فاتبه ما اذا اذن له ان يسوء شيئاً فاحذره وتلف في يده انتهى ولعل المراد بالتملك التملك للعبد كما افصحته به عبارة التحريم قال ومن جوز تملك العبد مع اذن المولى لو اذن له موله في التملك بعد الحول ملك العبد وضمن السيد لكن لا تقرير في الكتاب والتذكرة بالبناء على مذهب الغير فيجوز ان المراد فيها التملك للسيد لا للعبد لانه ليس للعبد ان يملك فلا يصح له ان يملك وهذا يعطي انه لا بد في التملك من اللفظ فتأمل وقد يكون اراد بالتملك في الكتاب التصرف والاتلاف ولا فرق في المسألة بين علم المولى باللقطة او لا ولا بين ان يقصد الالتقاط لنفسه او لسيد فان الالتقاط في كل منهما يقع للسيد (قوله) ❁ او انتزعها بعده للتملك ضمن السيد ❁ اذا علم السيد باللقطة كان له انتزاعها من يده كالاموال التي يستسيها العبد فان كان الانتزاع بعد التعريف فخير المولى بين حفظها على مالكها ولا ضمان وبين تملكها او تصدق بها فيضمنه باعند ظهور مالكها وان كان قبله كان كالمقتطع بنفسه وان كان العبد قد غرت بعض الحول احسب به واكمل الحول وتخبر بين الامور الثلاثة وان اقرها في يده فهو ما استشكله المصنف آنفاً وان تلفت في يد العبد في مدة التعريف فلا ضمان وان تلفت بعدها ففي المسألة التي قبل هذه بلا فاصلة وهذا تمام احكام لقطة العبد (قوله) ❁ ولو انتزعها السيد قبل مدة التعريف لزمه اكاله فان تملك او تصدق ضمن وان حفظها لمالكها فلا ضمان ❁ قد تقدم بيانه آنفاً وهو

ولو اعنته المولى قال الشيخ للسيد اخذها لانها من كسبه والوجه ذلك بعد الحول الثالث
 اللقطة) وهي كل مال ضائع اخذ ولا يد لاحد عليه فان كان في الحرم وجب تعريفه نسيه
 حولاً فان لم يوجد المالك تخيير بين الصدقة به وفي الضمان قولان وبين الاحتفاظ ولا ضمان «متن»
 واضح (قوله) ❁ ولو اعنته قال الشيخ للسيد اخذها لانه من كسبه والوجه ذلك بعد الحول ❁ قال
 الشيخ في المبسوط عبد وجد لقطة ولم يعلم سيده فاعنته فما الذي يفعل باللقطة بيني على القولين فمن قال للعبد
 اخذها فان السيد يأخذها منه لان هذا من كسبه كالصيد وقد سوغ له اخذها قبل ذلك وهو خيرة التذكرة
 وكذا الدروس وفي جامع المقاصد ان عليه الفتوى (قلت) وهو قضية الاستصحاب والموافق لقواعد الباب
 لاتفاقهم على انها كسب من حين الاخذ حكاه في الدروس وليست امانة محضة وجوب التعريف لصحة التملك
 ويد العبد يد السيد اذا ذن او رضي والا فهو لا يقدر على شيء وحيث ثبت استحقاقها للسيد من حين الاخذ
 وجب ان يستصحب ولا يزول كما لا يزول غيره من الحقوق والمصنف خالف هنا وفي المختلف قال والوجه
 ذلك بعد الحول ومعناه كما في المختلف انه ان كان العتق بعد مضي مدة التعريف كان للسيد ذلك وان لم
 تكن مضت مدة التعريف لم يكن له اي السيد الاخذ قال لانها امانة في يد العبد وقد تحرر وليس للمولى انتزاع
 الامانة من يده وليست كسباً الآن فليس له اخذها قال فينبغي حمل ما قاله الشيخ على التقدير الاول (قلت)
 قد سمعت اجماع الدوس الذي يشهد بالتبعية بصدقه ولا ترجيح في الابضاح وانما بني الامر على ان الالتقاط
 هل هو للسيد ابتداءً اولاً بل هي ولاية للعبد وامانة في يده (ا) وهذا كله اذا لم يكن الالتقاط باذن السيد
 اما اذا كان باذنه كان الالتقاط له واليد يده (قوله) ❁ الثالث اللقطة وهي كل مال ضائع اخذ ولا يد
 لاحد عليه ❁ كما في الشرائع والنافع وهو معنى قوله في التذكرة انها المال الضائع عن صاحبه بلقطه غيره
 لكنه لم يذكر انه لا يد عليه ولعله اكتفى عنه بالضائع لانه صار اصطلاحاً في ذلك كما تقدم بيانه وفي الوسيلة
 تعريفها بما وجدته الانسان لغيره فاخذها وهذا يشمل الضائع وغيره وما عليه يد وغيره ويخرج بالضائع المال المجهول المالك
 لانه ما حصل في يدك من انك او من يقوم مقامه جهلته او كان مجهولاً لك من اول الامر كان كنت معه في
 فندق او ذان او اقله ولا تعرفه وحصل في يدك او في متاعك شيء من ماله غنلة او خطأ (ومنه) ما يقع الاشتباه
 فيه من النعال وغيرها في الحمامات والزيارات وما يؤخذ من الحاكم الظالم او السارق مما يعرف انه حرام ولا
 تعرف صاحبه اذ لا فائدة في تعريفه اذ قد لا يعرف صاحبه انه وصل الى يدك بل قد لا يعرف انه ذهب
 منه وحكمه انه يتصدق به فوراً بعد اليأس واما قبله فلا بد من الفحص ولا يتقدر بالسنة فقد لا يحصل
 اليأس بالسنتين وقد يحصل بما دون ذلك بل قد يحصل في اقل من ذلك وبه يفارق اللقطة فانه يتصدق بها او
 يتملكها بعد التعريف سنة وان رجع الظن بواجبها واما اذا حصل له اليأس ابتداءً او في اثناء السنة فانه
 يتخير بين التصديق او التملك لما بعد ان يعرفها تعبداً لان اللقطة لا تملك بدون تعريف على حال كما يعطي
 ذلك كله اخبار اللقطة من انهم الظن فيها وقد تقدم ذلك في اول باب الوديعة وفي آخره وقد تقدم ان
 اللقطة صارت حقيقة عمرًا في المال الضائع فلا حاجة الى تقييد المال في التعريف به وخرج بما لا يد لاحد
 عليه المال الضائع الملقوط وهذا تعريف اللقطة بالمعنى الاخص قال في المسالك وهو المعروف منها لغة (قلت)
 المعروف من لغة المال مطلقاً كما تقدم اما المعنى الاعم الاصطلاح عليه عند الفقهاء فهو ما يحصل عنوان الباب
 بحيث يشمل الادمي كما عرفته في اول الباب (قوله) ❁ فان كان في الحرم وجب تعريفه حولاً فان لم
 يوجد المالك تخيير بين الصدقة به وفي الضمان قولان وبين الاحتفاظ ولا ضمان ❁ اما وجوب تعريفها اذا
 (ا) معنى الاول السيد احدنا مستأجر من احوال وبعده وبعد لعتق وعي النبي يسر له اخذها اذا كان عتق قبل
 احوال (ا)

كانت كثيرة فقد صرح به في المقنع والمنفعة والنهاية وسائر ما تأخر عنها وفي الغنية الاجماع عليه بل لعل
الظاهر من الخلاف ذلك وبه نطق خبر علي بن حمزة وخبر الياني وخبر الفضيل بن يسار (واما) انه يتخير بين
الصدقة بها والاحتفاظ فقد صرح به في المبسوط والخلاف في ظاهره او صريحه والغنية والسرائر والشرائع
والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وغيرها وفي الغنية الاجماع عليه بل وكذا الخلاف وفي
المسالك والكفاية انه المشهور ولم يذكر هذا التخيير في شيء من اخبار الباب نعم في خبري علي بن حمزة والياني
الامر بالتصدق بها وظاهرهما تعيينه كما هو ظاهر رسالة علي بن بابويه فيها حكى المقنع والمنفعة والنهاية
والمراسم حيث اقتصر فيها على الامر بالتصدق بها وكأن نظر المشهور الى انه يحسن الى المالك بحفظ ماله وحراسته
له فلا مانع منه كما جزموا بذلك في الشاة المأخوذة من العمران او الفلاة كما تقدم (واما) الضمان حيث
يتصدق بها فلم يرحمه المصنف هنا وكذا لا ترجيح في الدروس هنا واللمعة والمهذب البارع والمسالك وعدم
الضمان خيرة المنفعة والنهاية في باب اللقطة والمراسم والغنية والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والارشاد
والمقنصر وكذا الكفاية وقد حكى عن المهذب للقاضي وعن ابن حمزة ولعله في الواسطة وحكا المصنف عن
والده وفي الغنية الاجماع عليه كما هو محكي عن الخلاف وفي النافع انه اشهر (والقول) بالضمان خيرة الخلاف
والمبسوط والنهاية في باب الحج والسرائر والمختلف وجامع المقاصد وغاية المرام والروضة وهو المحكي عن
ابي علي وعن حج الدروس وفي التذكرة في موضعين منها والمسالك انه المشهور وفي الكفاية انه اشهر وفي
السرائر انه الحق اليقين وهذا يجري مجرى الاجماع (وحجة هؤلاء) قوله عليه السلام في خبر علي بن حمزة
بعد الامر بالتصدق بها فان جاء صاحبها فهو له ضامن وفي جامع المقاصد ان ضمه تخيير بعمل الاصحاب ولعله
يريد الشهرة المحسنة ان تمت وقد عرفت الحال من نقل الاقوال والاجماع الظاهر من السرائر وعموم على
اليده ما اخذت ونحوى الاجماع والاخبار الناطقة بالضمان في لقطة غير الحرم المأذون في التقاطها اجماعاً
فبالاولى ان يضمن هنا لمكان النعي المختلف فيه كراهية وتخوياً بل لا اقل من المساواة بل الاولوية ظاهرة
عند القائل بالتخريم بل ينبغي كلى القول بالتخريم ضمانها وان ابقاها امانة لمكان العدوان وهذا وان اختص بما اذا
تعمد الالتقاط وهو الذي دل عليه ايضاً خبر علي بن حمزة لكن لا قائل بالفصل وان لم يتم ينبغي القول
بالتفصيل فيضمن اذا تعمد دون ما اذا لم يتعمد فتأمل وعلى كل حال فالضمان اشبه بالاصول واطهر من
الادلة (وحجة الاولين) بعد اجماع الخلاف والغنية المعتضدين بشهرة النافع ان الاصل براءة الذمة من وجوب
الضمان وان الصدقة تصرف مشروع بالاجماع فلا يتعقبها ضمان حذراً من الاضرار وهو معارض بالصدقة
بلقطة غير الحرم مع انه رفع الفرر في الخبر بقوله عليه السلام فهو له ضامن فلا منافاة بين الامر بالصدقة
والضمان الا ان يقول انهم لم يلتفتوا الى الخبر اصلاً (وقد يوجه) بانها امانة وقد دفعها باذن الشارع وما هو
كذلك لا يتعقب ضمان الا ما خرج بالدليل واجماع الغنية معارض بما يظهر من دعوى الاجماع في السرائر بل
هو اجماع لكن يبقى سلباً عن المعارض اجماع الخلاف النخب بشهرة النافع والقاعدة المذكورة وهي ان التصرف
المشروع في الامانات لا يستعقب ضماناً الا ما خرج بالدليل ان تمت بنفسها كما ذكرها كذلك في الابضاح
وجامع المقاصد وغيرها او تم كونها امانة كما في الشرائع كما وجهناها به (ثم) الشأن في تمام ما حكوه عن الخلاف
فاتا لحظناه في نسختين ولم نجد الا قوله لقطة الحرم يجوز اخذها ويجب تعريضها سنة ثم بعد ذلك يكون مخيراً
اذا لم يجز صاحبها ثم ذكر ما اذا اخذها ليعرفها ويحفظها على مالها ونفى الخلاف عن جوازها ثم ذكر انه ليس
له ان يلتقطها ليمتلكها وحكى الخلاف عن بعض اهل الخلاف ثم ادعى اجماع الفرقة واخبارهم ولعلمهم فهموا
من قوله مخيراً التخيير السابق الذي ذكره في كلامه في لقطة غير الحرم فانه خيره بين ثلثة امور منها ان يتصدق
بها عنه ويكون ضامناً ثم ان اجماعه ليس ايضاً منطبقاً على ذلك على تقدير استنباطه من كلامه فلا يصح الاستدلال
به هذا وفي جامع المقاصد بعد ان ذكر القولين قال هذا ان اخذ المال على قصد الالتقاط يعني التملك

وان كان في غير الحرم فان كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف « مان »

والا اكتساب فان اخذه علي قصد الحفظ للمالك قالذي يحضرني ان المصنف في التذكرة قال ان جواز اخذها علي هذا القصد جائز وادعى الاجماع فلي هذا هل يضمن ام لا ينبغي النسيان انتهى (قلت) كما انه لم يلحظ كلام الاصحاب جميعا والا فقد رتب القولان اي الضمان وعدمه في كشف الرموز والتذكرة والايضاح فيما كتبه عليه بيده والمسالك والكفاية علي التقديرين اي الحرمة وعدمها وبني القولين الشهيد في اللمعة وابو العباس في كتابيه علي التحريم وبني الضمان وعدمه في النهاية علي اختلاف قوليه في موضعين علي التحريم الظاهر من قوله لا يجوز وقد تقدم بيانه ومن جوز الالتقاط مطلقا او بنية الحفظ والانشاد جعل الضمان وعدمه مبنيا علي ذلك كالمقتعة والخلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والدروس قال في التحرير بعد ان ذكر القول بحرمة لقطة الحرم وكراهتها وعلي التقديرين ان اخذه وجب عليه الاخذ بنية الانشاد ولا يجوز اخذه بنية التملك لا قبل الحول ولا بعده فان اخذه علي هذا الوجه كان ضامنا وان اخذه بنية الانشاد وجب عليه التعريف سنة فان حاصبه والا تحير بين احتفاظه دائما وبين الصدقة فان تصدق به ففي الضمان قولان اقر بهما تبونه انتهى وهو في جامع المتناصد غالبا يحكي عن التحرير (واما) انه لا ضمان عليه حيث يأخذه بقصد الاحتفاظ فيتلف بغير تعريف فهو صريح جامع المقاصد ونحو الاسلام في حاشيته عن خطه وظاهر المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتحرير والتذكرة واللمعة وكتابي ابي العباس والمسالك والروضة والكفاية وفي جملة من هذه علل بانها امانة وانه محس فاعليه من سبيل قال في المسالك اطلق القول بكونها امانة من حرمة الالتقاط ومن جوزه ونحوه ما في الروضة وقال نحر الاسلام لا ضمان سواء قلنا بتحريم اخذها ابتداء او بكرهته لانها بعد الاخذ تنقلب امانة وقال في جامع المقاصد ان اخذها علي قصد الالتقاط كيف يكون امانة مع انه عاد باخذها قال ويمكن ان يقال ان الالتقاط لا يقتضي التملك جزما ولهذا لا تملك لقطة غير الحرم بعد التعريف الا بالنية او اللفظ علي الخلاف ولا يدخل في ضمانه من اول الامر لان مجرد اخذ اللقطة لا يتنافي الحفظ دائما فحينئذ يكون اخذ لقطة الحرم غير منافي للحفظ والامانة وان حرم من حيث ان الالتقاط اكتساب وبشكل علي هذا كون الاخذ محرما فكيف يكون امانة انهم والاسكندر في مثله وقد سمعت جزمه في التحرير بانه ان اخذها علي نية التملك كان ضامنا وان قصد التعريف وماذا يقول صاحب جامع المقاصد فيما لو بوى التملك من اول الامر ولم يهو التعريف ثم عرف فان ذلك يوجب الضمان في اللقطين قتأمل وقد صرح في المبسوط وغيره بانها لا تملك بحال وقد تقدم نقل الاجماع علي ذلك ونقل خلاف ابي الصلاح (قوله) ✽ وان كان في غير الحرم فان كان دون الدرهم ملكه من غير تعريف ✽ كما في ظاهر المقنع حيث قال لك وصريح التذكرة والارشاد والتبصرة والايضاح والدروس وكذا جامع المساهد قال في التذكرة ان ما نقص عن الدرهم لا يجب تعريفه ويجوز تملكه في الحال عقد علمانا اجمع (قلت) علمه فهم انه يملكه مما في المقنعة والمراسم والشرائع والنافع من انه ينتفع به ومن قوله في الخلاف والمبسوط لا يجب تعريفه ومما في الهابة والوسيلة من انه يجوز اخذه وبه عر هو في التحرير ومن قوله في النهاية يجوز ذلك عرف به ومن قوله في السرائر يباح التصرف به وبه عبر في التنقيح وفي اللمعة والروضة عبر بيجل وقد فهم في المسالك من عبارة السرائر انه يملكه وكيف كان ففي الخلاف دعوى اجماع الفرقه واخبارهم علي انه لا يجب تعريفه وفي كشف الرموز نفي الخلاف عن ذلك وفي الغنية اجماع الطائفة علي انه يجوز التصرف فيه من غير تعريف وفي التنقيح الاجماع علي انه يباح وفي التذكرة ايضا لا نعلم حلقا بين اهل العلم في اباحة اخذ القليل والانتفاع به من غير تعريف وهذه العبارات والاجماع كلها فيما اذا كان الاخذ من غير الحرم ما عدى جملة منها كالحلاف والمبسوط والغنية والسرائر والشرائع والنافع وغيرها مما يشمل اللقطين كما تقدم يابه

ولو وجد المالك فالأقرب الضمان « متن »

مفصلاً عند الكلام على لقطة الحرم وفي المفاتيح بعد ان اختار الكراهية في لقطة الحرم وانه لا فرق بينه وبين غيره قال ومع الاخذ يملك ما دون الدرهم من غير تعريف بلا خلاف (والحاصل) انه قد تقدم الكلام في لقطة الحرم قليلاً وكثيراً مسبقاً وهو من متفرقات الكتاب (ويبقى الكلام) في الدرهم نفسه وما كانت قيمته كذلك فهل يجب تعريفه ام لا فحاله حال ما دونه قولان (الاول) ظاهر المقنع والفقهاء والمنقعة والنهاية والسرائر وغيرها بل قد نسب ذلك الى هؤلاء جماعة على البت وهو صريح الخلاف والغنية والشرائع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والبصرة والمختلف والدروس والمعدة والمهذب البارع والمختصر والتنقيح والروضة وغيرها وهو المحكي عن القاضي وادعى عليه في الخلاف اجماع الفرقه واخبارهم واجماع الفقيه يتناولوه وفي كشف الرموز عليه العمل (وبطل) عليه الاصل المحتضد باطلاق النصوص الكثيرة بلزوم تعريف اللقطة مع ان جملة منها عامة لمكان ترك الاستفصال والصحيح عن الرجل يصيب درهماً او ثوباً او دابة قال عليه السلام بحرفه سنة وفي مرسل ابن ابي عمير عن اللقطة قال تعرف سنة قليلاً كان او كثيراً وما كان دون الدرهم لا يعرف ونحوه مرسل الفقيه والمخالف سلاً و ابن حمزة وحكي عن النبي فانخاروا (الثاني) وقال في النافع فيه روايتان وقد انكر عليه جماعة وجود الرواية المخالفة للروايتين المتقدمتين وقال تليذه كاتشف الرموز ان مراده الاشارة الى الصحيحة والمرسلة وانهما واردتان في ان الدرهم يعرف فتأمل (ثم ليعلم) ان للصف عبارات تؤذن بان التقاط القليل ليس بمنزلة حيازة سائر المباحات يملك بمجرد الحيازة بل لا بد فيه من نية التملك كالكثير بعد التعريف (منها) قوله الاقرب وجوب دفع العين مع وجود صاحبها ويحتمل القيمة مطلقاً كالكثير اذا ملكه بعد التعريف والقيمة ان نوى التملك والا فالعين وهو اقرب انتهى وسعر ما فيه (ومنها) قوله لو تملك مادون الدرهم ثم وجد صاحبه فالاقرب وجوب دفعه اليه لاصالة بقاء ملك صاحبه عليه ويجوز التصرف للثقل لا يتاقي وجوب رده وهذا يؤذن بعدم تملكه بل جواز التصرف فقط كما سمعته عن جملة من العبارات الا ان نقول انما اراد به عدم لزوم الملك من اصله او حدوث تزوله كالمبيع قبل القبض اذا حدث فيه عيب ولا مانع من كون حيازة القليل سبباً في ملكه في الحال كسائر المباحات ولا مانع من تزوله او حدوث تزوله اذ لا دليل على الملك والتملك الا الاجماع اذ اللام في المرسل في قوله لك ليست صريحة في التملك وليس في الآخر الا نفي وجوب التعريف ولم يظهر منه اي الاجماع انه لازم بحيث لا يجوز للمالك الرجوع ان كان باقياً ولا كذلك الكثير فان اخذه ليس سبباً في ملكه بالاجماع لمكان اشتراطهم التعريف فلا بد لحدوث الملك من سبب وليس هو الا النية او القفط فحصل الفرق بين القليل والكثير على مختار جماعة لكن قد تقدم لنا آناً انه لا بد في تملك المباحات من النية وقد برهننا على ذلك فلا فرق حينئذ بين القليل والكثير الا بالتعريف وعدمه فلا ريب عندنا في وجوب رد العين مع عدم نية التملك بل قد نقول بوجوب ردها مطلقاً لانه اذا (لو خ ل) لم يكن له الرجوع الى العين لم يكن له الرجوع الى القيمة لانه انما يمنع من الرجوع الى العين اذا كانت مملوكة ملكاً لازماً والعوض انما يلزم حينئذ بدليل من خارج والاصل عدمه لكن قد حكي الاجماع في الابضاح والتنقيح على عدم وجوب رد العين ويحمل على ما اذا نوى التملك ثم انه لا ريب ان له ان يأخذ القليل بنية الحفظ للمالك او التصديق به عنه كما هو الشأن في الكثير حينئذ لا بد للتملك من نية وان قلنا بعدم اعتبارها في المباحات فليحفظ ذلك كله هذا اذا كانت باقية واما اذا كانت تالفة فنقول ايضاً لا دليل الا الاجماع ولم يدل على التملك بحيث يفيد عدم وجوب الرد قيمة او عيناً مع وجود مالكة فلا فرق ايضاً بينهما حينئذ الا ان نقول ان الظاهر من التملك عدم الرجوع فتأمل وبأقي تمام الكلام (قوله)

❁ ولو وجد المالك فالأقرب الضمان ❁ كما في التذكرة والتحرير والمختلف والابضاح والتنقيح والرياض

وان كان از يد من ذلك وجب تعريفها حولاً « متن »

والمشهور عدم الضمان كما في المختلف وبه صرح في النهاية والغنية وهو ظاهر المقنع والمقنعة والخلاف والمبسوط والمراسم والوسيلة والشرائع والنافع والارشاد والبصرة اذ قد تعرض فيها كلها لجواز الاخذ والانتفاع والملك على اختلافهم في التعبيرات وظاهرهم ان ذلك بلا ضمان وقد ادعى في الغنية الاجماع عليه اي عدم الضمان وادعى في المختلف ان كلام السرائر مناقض قال في السرائر القطة ضربان ضرب يجوز اخذه ولا يكون على من اخذه ضمانه ولا تعريفه بل يجوز التصرف قبل التعريف ومتى اقام صاحبه بينة وجب رده عليه قال في المختلف في بيان التناقض ان عدم الضمان يقتضي عدم الرد واجاب في الدروس بان انتفاء الضمان مع التلف وان وجوب الرد مع بقاء العين فلا تناقض لاختلاف الشرط وهو جيد لكن الشأن في ثبوته وقد استدلل للضمان في المختلف والايضاح وجامع المقاصد وغيرها بانه تصرف في ملك الغير بغير اذنه فاستعقب الضمان قال في الايضاح (اما الاولى) فلتبوت الملك للمالك والاصل البقاء والضياع غير ناقل للملك عن مالكة وتجوز الشارع التملك له لثلاث تعطل غاية خلقه اي الاتفاق (قلت) اذا جوز له الشارع التملك فقد تصرف في ملكه فالأقدم ذكرناه اتفاقاً قال في الايضاح ما حاصله (واما الثانية) فلقول الباقر عليه السلام من وجد شيئاً فهو له فليجتمع به حتى يأتيه طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه وليس المراد رد العين للاجماع على عدم وجوب ردها فيكون المراد القيمة وليس المراد الدرهم فلما زاد لانه لا يتحقق ذلك فيهما الا بعد التعريف سنة والنية وذلك تراخ فلو كان ذلك شرطاً لزم مع تأخير البيان عن وقت الحاجة الاغراء بالجهل وتقديم ما يجب تأخيره فيكون المراد فيما دون لتعقب الانتفاع فيه للوجدان بلا فصل فيجب الضمان وهو المطلوب انتهى وفيه مواضع للنظر وقد تبعه في ذلك كله صاحب التنقيح وقد تناقض في هذا الاجماع بما سمعته عن السرائر والتذكرة ونحوه ما في التحرير من قوله وجب رده اليه ان كان موجوداً وهو خيرة الدروس وجامع المقاصد وعبرة الكتاب ظاهرة في رد القيمة مطلقاً فتوافق هذا الاجماع واما مع التلف فقد صرح في التحرير بوجوب رد قيمته معه واستوجه في جامع المقاصد ونظر فيه في الدروس وقد سمعت ما في السرائر وهذا كله فيما نقص عن الدرهم واما ما زاد عنه فقد يظهر من الروايات وكلام القدماء كما في الدروس انه يتعين عليه دفع العين ثم قرب انه يتغير بينها وبين بدلها مثلاً او قيمة وبأني ان شاء الله تعالى تمام الكلام وقد يستدل على عدم الضمان فيما نحن فيه بالاصل وبعدم صراحة اخبار المسألة في الملك والتملك وهو كما ترى مع ان الظاهر انعقاد الاجماع عليه كما تقدم (قوله) وان كان از يد من ذلك وجب تعريفها حولاً هذا مما صرح به الاصحاب كافة من المقنع الى الرياض والنصوص به مستفيضة فيها الصحيح وغيره وفي الخلاف والمبسوط والغنية وظاهر التذكرة الاجماع عليه وفي السرائر وكشف الرموز نفي الخلاف فيه (واستدلوا) عليه بانه يجب ايصاله الى مالكة والتعريف وسيلة اليه ومقدمة له فيجب من باب المقدمة فوجوب التعريف انما هو لتفصيل المالك ولا منافاة بين وجوبه لذلك وكونه شرطاً في التملك وان امسكها من غير تعريف كالتقائها في موضعها او غيره بل لو لم يجب التعريف لما حاز الالتقاط لان ابقائها في مكانها اقرب الى وصولها الى صاحبها لانه اما ان يطلبها في الموضع الذي ضاعت منه واما ان يأخذها غيره فيعرفها لكن قال في موضع من المبسوط من وجد لقطة فظرت فان اراد حفظها لبي صاحبها لا يلزمه ان يعرف لان التعريف اما يكون للتملك انتهى وقد قال قبل ذلك من وجد لقطة فانها تكون في يده امانة ويلزمه ان يعرفها سنة فاذا عرفها سنة كان بعد ذلك بالخيار ان شاء حفظها على صاحبها وان شاء تصدق بشرط الضمان وان شاء تصرف فيها وضمنها وزاد في المسالك وتبعه شيخنا صاحب الرياض في توجيه كلام الشيخ الذي خالف فيه بانه اذا لم يقصد التملك لم يجب التعريف ويكون مالاً مجهول المالك واجاب بالفرق بينه وبين المال المجهول المالك بانه لم يقدر له الشارع طريقاً الى التوصل الى مالكة بخلاف

ثم ان شاء تملك او تصدق وضمن فيها وان شاء حفظها للمالك ولا ضمان ويكره التقاط ماتقل قيمته وتكثر منفعة كالعصا والشظاظ والوند والحبل والعقال. وشبهها « متن »

عمل الفرض فقد جعل الشارع التعريف طريقا اليه (وفيه) خطأ من وجوه لأن الشيخ لم يجعله من مجهول المالك بل قال اذا اراد حفظه لصاحبه وابقائه امانة لا يعرفه وكيف يجعله مجهول المالك وهذا ضائع والمجهول المالك ليس بضائع كما تقدم بيانه مراراً وقد جعل الشارع له طريقاً وهو الفحص عن صاحبه حتى يحصل اليأس فيصدق به عنه - حينئذ فوراً (واورد) عليه في الدروس بان التملك غير واجب فكيف تجب مقدمته (ويحاج) بانه لعله اراد به الشرط لكن يقال له اذا كان التعريف واجباً باي معنى كان على من اراد تملكها فكذا يجب على من اراد حفظها لان التملك غير واجب فلا تجب الوسيلة اليه فيجب ان يكون الوجوب في محل الوفاق وهو ارادة التملك صيانة لها عن الضياع عن صاحبها وهذا موجود في محل النزاع اعني ما اذا اراد حفظها (قوله) ﴿ ثم ان شاء تملك او تصدق وضمن فيها وان شاء حفظها للمالك ولا ضمان ﴾ كما صرح بذلك كله في الخلاف والمبسوط في موضع منه والغنية والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة والمسالك والروضة ومجمع البرهان والمفاتيح وغيرها وفي الخلاف والغنية الاجماع عليه وهو ظاهر التذكرة حيث نسبته الى علمائنا ولا يضر قوله في المبسوط ان شاء تصدق لان المراد به تملك كما صرح به بعد ذلك في مقام آخر لكن في المقنع لم يذكر الا انها بعد التعريف كسبيل مالك واقتصر في النهاية والسرائر على ذكر التصرف فيها والصدقة ومراد النهاية بالتصرف التملك كما صرح به بعد ذلك وادعى على ذلك اي الحصر في الامرين في السرائر اجماع اصحابنا وقال انه الحق اليقين ومنع من الابقاء امانة وقال انه مذهب الشافعي وابي حنيفة وانه لم يقله اصحابنا واطال في بيان ذلك ما يزيد على عشرين سطراً وقال ان من قال بهذا القول لا يوجب التعريف وانما يوجب التعريف حتى تملكها وقال ان التخيير بين الثلاثة خلاف مذهبنا وقول اصحابنا ورواياتهم ويأتي تحقيق الحال والفرض الآن نقل الاقوال واقتصر في المقنعة والمراسم على ذكر التصرف فيه فقط ومرادها تملكه وخيره في الوسيلة بين امرين لا غير التصرف والحفظ لصاحبه (ومن العجيب) ان احداً لم يحكم عن هؤلاء خلافاً مع ان كلامي السرائر والوسيلة نصان في الخلاف وغيرهما ظاهر لان مفهوم اللقب في عبارات الاصحاب حجة وبه يثبت الوفاق والخلاف لانها قيود كالتماريث ولا كذلك في الاخبار لانها جارية مجرى كلام اهل العرف وقد برهن عليه في محله (هذا) ويشهد لابن ادريس انه اذا كانت تدخل في ملكه بعد الحول فهراً وان القول به اشهر كما قاله في الدروس وانه اجماع كما في السرائر فلا معنى للابقاء امانة لكن الاجماعات الثلاثة المتقدمة واخبار الخلاف وما يحكيه كايرو به وفترى من عرفت وعدم عدم خلافه خلافاً لما لا يمكن الخروج عنه مع انه مقتضى الاصل وشهرة الدروس لم تحققها كما ستعرف ان شاء الله تعالى لانها معارضة بشهرة التذكرة والمختلف والمسالك والروضة والكفاية واجماع الغنية وكذا التقيح وهذه كلها مع الاجماعات الثلاثة مما توهم احماني السرائر مع انك اذا جمعت بين فتاوى السرائر لم يتحقق التخيير بين الامرين اذ ليس هناك الا التملك فقط (واما) الضمان مع الصدقة اذا كره المالك فلم يختلف فيه هنا اتان فيما اجد وان اختلفوا في اقطعة الحرم لمكان النصوص الكثيرة الدالة على الضمان هنا وفي كسف الرموز الاجماع عليه وفي المسالك في الخلاف فيه هذا ولم يذكر الاكثر هنا ان له الدفع الى الحاكم وميد كره المصنف في اواخر الثالث من الاحكام (قوله) ﴿ ويكره التقاط ما نقل قيمته وتكثر منفعة كالعصا والشظاظ والوند والحبل والعقال وشبهها ﴾ كما ذكر ذلك كله في النهاية ويدخل في شبهها الاداوة والسوط والتعلان والكراهية في الجميع ايضاً خيرة الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والمختلف والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها مع التصريح

في بعضها تأكد الكراهية واقتصر في المقنعة على النص على كراهية التقاط الاداة والسوط والتعليق وفي الكفاية ان القول بالكراهية في الجميع هو المشهور وعليه الاكثر كما في مجمع البرهان والمفاتيح وهو الاشهر وعليه عامة من تأخر كما في الرياض وحكي عن صريح الحلبي وظاهر الصدوقين انهم حرّموا التقاط التعليق والاداة والسوط وهو ظاهر الوسيلة قال لا تعرض لها بحال وكأنهم لم يلحظوها وظاهر المراسم تحريم الاداة والمحصنة لانه قال لا يخذها بل يتركها وحكي المقداد عن الحلبي انه حرّم الشظايط ايضاً وحقق في التنقيح انه مع بلوغ القيمة في الامور المذكورة درهماً فما زاد لا يجوز التقاطه ومع عدم ذلك يجوز على كراهية شديدة تزيد على كراهية الالتقاط مطلقاً وقال المقدس الاردبيلي ما نجد ما يدل على شدة الكراهية في هذه بل الامر بالعكس بمعنى ان الكراهية في غيرها اسد (قلت) اسد ما يستدل به للمشهور على الكراهية وعدم التحريم ما يستفاد من فحوى ما دل على جواز التقاط ما تكثر قيمته ومن اطلاق قول مولانا الصادق عليه السلام بل من عمومته المتناول لما نحن فيه افضل ما يشتمله الانسان في اللقطة اذا وجدها ان لا يأخذها ولا يتعرض لها ومن حسنة حريز عن ابي عبد الله عليه السلام قال لا بأس بلقطة العصي والشظايط والوتد والحبل والعقال واشباهه قال وقال ابو جعفر عليه السلام ليس لهذا طالب فتدخل الثلثة في اشباهه وقول مولانا الباقر عليه السلام ليس لهذا طالب معناه ان هذه الاشياء حقيرة فلا يطلبها مالكمها لان العادة تقضي باعراضه عنها فيكون ذلك في الحقيقة اباحة من المالك وله وجه آخر يستسمعه ان شاء الله تعالى وبأني الكلام في ان ذلك لا ينافي الكراهية معتضداً ذلك كله بالشهرة المعلومة بل هو اجماع معلوم من المتأخرين وعلى شدة الكراهية في الثلثة بذهاب هؤلاء الاعاظم الى الحرمة وبخبر عبدالرحمن قال سألت ابا عبد الله عليه السلام عن التعليق والاداة والسوط يجده الرجل في الطريق ابتنعم به قال لا يمس حيث عدل عن النهي عن الانتفاع به الى النهي عنه بابلغ وجه وهو مسبه وهو حجة الجماعة على الحرمة وهو معارض بما عرفت بما هو اقوى منه بحيث صرف فيه النهي الى الكراهية وشدها (وعساك نقول) ان الحسنه كالصريحة في نفي الكراهية عما نقل قيمته وتكثرت فائدته بل عما اشتملت عليه رواية عبدالرحمن لمكان التعليق ونفي البأس فضلاً عن شدها (لانا نقول) قد عرفت ان شدة الكراهية في الثلثة لمكان فتوى الاعاظم بالحرمة (ثم) انا نجد من علي بن بابويه وولده والمفيد والشيج وسلاّر وابن حمزة والحلي معرضين عن الحسنه في خصوص نفي الكراهية ناظرين الى الخبر عاملين به كراهية او تحريماً وما ذاك الا لان الحسنه مخالفة بظاهرها لاجبار الباب واجماع الاصحاب اذ هما متفقان على كراهية اللقطة مطلقاً كما تقدم الكلام فيه مسبقاً في الفصل الثاني وستسمع الوجه في هذا التعليق والخبر موافق للاجماع والاخبار الآخرو خصوص خبر داود ابن ابي يزيد المرسل في الفقيه فانهما متعدهان متناً ثم انه ليس في سنده ما يفت في عضده الا التماس بن محمد وهو هنا الجوهري بقربة رواية الحسين بن سعيد عنه وحديثه قوي معتبر واما ابان بن عثمان فلم يحقق تاويله كما مرّ اراً فاندفع ما قاله المولى الاردبيلي (وبقي الكلام) في شدة الكراهية فيما عدى الثلثة ولعله لتنقيح المناط والمنقح له العقل لاشتراك الجميع في كثرة الفائدة وقلة القيمة وعدم قصد الاكتساب بها فكان اخذها غالباً خالياً عن الاكتساب والفائدة او لمكان الايمان الى العلة المنصوصة وهو قول الباقر عليه السلام ليس لهذا طالب بان يكون معناه ان الناس المتقطين لا يطلبونه لانه لا اكتساب فيه مع قلة قيمته وكثرة فائدته لما لهما ولعل الاصحاب من هنا اخذوا هذا العنوان (ثم) ان القائل بشدة الكراهية في الجميع انما هو المصنف في ظاهر الارشاد وصريح التذكرة والشهيدان في صريح الدروس والروضة ولا رابع لها فيما اجد الا ان نقول انه يستفاد من التنصيص عليها شدة كراهيتها (ومن الغريب) قوله في المسالك ان وجه الكراهية في العصي والشظايط والحبل والوتد والعقال النهي عنها المحمول على الكراهية اذ لا نجد هذا النهي في اخبار الباب وهي ثلثة لا رابع لها ولعله نظر الى العلة التي فهمناها (واما) خبر عبدالرحمن فهما واردان في ثلثة

واخذ القطة مطلقاً مكروه ويتأكد للفاسق واكد منه المعسر ويستحب الاشهاد (المطلب الثاني في الاحكام) وهي اربعة (الاول) التعريف وهو واجب وان لم ينو التملك سنة من حين الالتقاط وزمانه النهار دون الليل ولا يجب التوالي « متن »

اشياء (واما) تحقيق النقيح فانه جمع فيه بين خيري عبدالرحمن وداود وبين حسنة حريز فزتل الاولين على ما اذا بلغ درهماً فما زاد والاخير على ما دون ذلك وهو كى شدة بعده جمع لا شاهد عليه مع انه خرق على الظاهر فيما اجد للاجماع المركب وبعضهم في المقام كذا احر لا ينبغي ان تسطر والاداة بالكسر المطهرة به ايضاً والمحصرة بالغاء المعجمة ما اختصره الانسان بيده فامسكه من عصي ومحوها والنظاظ، الكسر خشبة محددة الطرف تدخل في عروة الحواقيق والوتد تكسر لوسط والعقال بكسر العين (قوله) واخذ القطة مطلقاً مكروه ويتأكد للفاسق واكد منه المعسر ويستحب الاشهاد قد نقده الكلام في ذلك كله الا المعسر وقد صرح بتأكد الكراهية له جماعة كالحقق والمصنف في التحرير والارتداد والتبديد لان التقاطه يضر بحال المالك اذا ظهر وقد تملك بل قد تدعوه نفسه لم يكن المعسر الى الحيانة وان اجتمع الفتي والاعسار تزيد الكراهية وفي جمع الرهان انه يشكل اتات حكم شرعي بمثل ذلك

المطلب الثاني في الاحكام

(قوله) وهي اربعة الاول التعريف وهو واجب وان لم ينو التملك قد نقده الكلام فيه آتفاً (قوله) سنة من حين الالتقاط قد ضفحت عباراتهم بوجوب التعريف سنة وحولاً كاملاً من المقنع الى الرياض وقد حكم عليه الاجماع في الخلاف والمبدؤ والغنية وظاهر التذكرة انه استفاضت الاخبار (واما) كون وجوبه من حين الالتقاط ان امكن بلا فصل فقد صرح به في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا مجمع الرهان وهو ظاهر الباقيين وظاهر احصار البار في حسنة محمد عن ابي جعفر عليه السلام وصحيته عن احدهما عليهما السلام فان انقضت فعرها سنة ما خلا عن الفاء يحمل على معناها وليس في اخبارنا ثم كما اذا ما في المالك اكن هذه الفاء اما اني بها لربط حادثة ولا تدل على التعقيب وان ذكره في التحرير كما ستعرف ان يمكن ان يدل عليه بما روي عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم انه امر به وقال لا تكتم ولا تغيب وان التاخير سنة الى ان لا يعرفها صاحبها فان الظاهر ان صاحبها بعد التهر او الاشر بهاس او يسلم عنها وترك طلبها كما سيظهر لك فيما تحصل به التعريف بعد فلنا في ذلك كله تأمل يظهر وجهه مما يأتي قال في التذكرة فلو اخرتها عن الاول مع الاكراه ولا يسقط التعريف تاخيرها عن الحول الاول لانه واجب ولا يسقط بتأخيرها من وقتها كالمساكين وسائر الاحبات انتهى وهذا بقضي بوجوب القضاء في سائر الاحبات وهو غير ظاهر لانه لا انه يظهر من التذكرة دوى الاجماع على ذلك حيث لم ينسب الخلاف الا لاحد لكان القول سنة له فهو مبدؤ كاملاً المحمل المالك يتصدق به وفي خبر العبدى عن يونس ما يدل على ذلك يأتي تمام الكلام في انه هل له ان يملك اما احرامه لا (قوله) وزمانه النهار دون الليل هذا هو المشاير من الاحصار والله افق للاختصار به صرح في المبسوط وغيره وقالوا ايضاً وقت الغداة والعشي (قوله) لا يجب التوالي كما صرح به في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع الرهان وهو معنى كلام الدروس في بيان التعريف وفي الكفاية نسبته الى الاصحاب وهذا التواني المحكوك كونه سيرة واجب وسيرة مشهورة له تفسيران (احدهما) ان المراد به استيعاب وقت الحول بالتعريف وذلك غير مترط اتفاقاً في المسالك والمفاتيح ولا كل يوم لاطلاق الامر فيرجع الى ما بعد تعريفها عرفاً وهو بتحقيق بدون ذلك (الثاني) ان

بل يعرف كل يوم في الابتداء ثم كل اسبوع ثم كل شهر بحيث لا ينسى انه تكرر لما مضى
وايقاعه عند اجتماع الناس وظهورهم كالغدوات والعشيات وايام المواسم والمجتمعات كالاعباد
وايام الجمع ودخول القوافل ومكانه الاسواق وابواب المساجد والجوامع ومجامع الناس « متن »
المراد به توالي التعريف في الحول الواحد بحيث يقع التعريف المعتبر في اثني عشر شهراً متوالية فان ذلك
غير لازم بل يجوز تعريفه بان يعرف شهرين ويترك شهرين وهكذا بحيث يجتمع من الاشهر المعرف فيها تمام
الحول وبهذا المعنى صرح في التذكرة مفسراً به معنى التوالي الذي ليس بواجب وشبهه بما لو نذر صوم سنة
فانه يجوز له ان يوالي وان يفرق بحيث يجتمع له صيام اثني عشر شهراً انتهى فليتأمل فيه فان ما يأتي قد
يتنافيه من ان الضابط كونه لا ينسى (قوله) بل يعرف كل يوم في الابتداء ثم كل اسبوع ثم كل شهر
بحيث لا ينسى انه تكرر لما مضى ❁ اما انه يعرف كل يوم في الابتداء الى سبعة ايام ثم في بقية الشهر في
كل اسبوع ثم في كل شهر الى آخر الحول فقد قال في جمع البرهان انه المشهور ونسب في الكفاية الى الاصحاب
انه يعرف في الابتداء كل يوم مرة ثم كل اسبوع ثم كل شهر كذلك اي مرة وهو خيرة الروضة والمفاتيح
وكذا جامع المقاصد وقال في الدروس انه يعرف كل يوم مرة او مرتين من الاسبوع الاول ثم في الاسبوع
الثاني مرة ثم في الشهر مرة وقال في التذكرة انه يعرف في الابتداء في كل يوم مرتين في طرفي النهار ثم في
كل يوم مرة ثم في كل اسبوع مرة او مرتين ثم في كل شهر بحيث لا ينسى كونه تكرر الماضي ولعل مراده انه
يعرف في الاسبوع الاول كل يوم مرتين وفي الاسبوع الثاني كل يوم مرة ثم فيما بقي من اسابيع الشهر كل
اسبوع مرة ثم في كل شهر مقدار ما لا ينسى وكأنه يكتفي فيه بالمرة والمرة ولعلم انما يعتبرون هنا الشهر
ثلاثين يوماً والا فلا يتم في الهلالي اذا كان في آخره او بعد مضي اسبوع او اكثر او اقل ولعلم انما اعتبروا
التكرار في الاسبوع الاول لان مالكة بهم بطلبه في اول الاسبوع كما قاله في المبسوط
(واما) عبارة الكتاب فعمل معناها انه يعرف كل يوم مرة من الاسبوع الاول لان الظاهر ان المراد اسابيع
الشهر وانه يكتفي بتعريف واحد في كل اسبوع بعده الى تمام الشهر فيكون الشهر الاول مستوعباً بالايام ثم
بالاسابيع ثم انه يعرف في كل شهر مقدار ما لا ينسى وفهم المحقق الثاني منها انه يكتفي بالشهر الثاني بتعريف
واحد في مجموع الشهر الثاني وكذا في كل شهر بعده فالتعريف واحد وعشرون مرة على ما فهمه ولعل مولانا
الاردبيلي والخراساني اشارا بالمشهور والاصحاب اليها والى الروضة لكن يرد على ما فهموه منها وعلى عبارة التذكرة
انه حينئذ لا يحصل لقوله بحيث لا ينسى لان التعريف الذي ذكره ان كان بحيث لا ينسى كون الثاني منه
تكراراً لما مضى فلا معنى للتقييد وان لم يكن كان غير معتبر وكان التقيد غير صحيح الا ان نقول انه اشار بالحديث
الى معنى آخر وهو ان المذكور بخصوصه غير واجب فكأنه قال ان الواجب التعريف بهذا وما جرى مجراه
(والضابط) كونه بحيث لا ينسى كما قال في الدروس بعد ما حكيناه عنه والضابط ان يتابع بينهما بحيث لا ينسى
اتصال الثاني بمتلوه وكما قال في الروضة ان المعتبر ظهور ان الثاني تكرر لما سبق وقال في انكفائه اعتبر
الاصحاب ان يقع على وجه لا ينسى وقد تكون الباء الداخلة على حيث لتعليل كقوله (قدسيت) بالهم بالثار
فيكون المعنى يعرفها كذلك لاجل ان يكون التعريف في مكان لا ينسى لان حيث ظرف مكان هذا وفي
السرائر والتحرير اقل ما يعتبر في الاسبوع دفعة واحدة وفي جمع البرهان ببعد صدق التعريف في السنة مع
ايقاعه في احد عشر شهراً كل شهر مرة وينبغي ملاحظة العرف وعدم الخروج عن ظاهر الروايات ففي صحيحة
يعقوب فان صاحبها الذي يجدها يعرفها سنة في كل مجمع فانه قد يفهم منه في كل جمعة ان كان البلد
نظام فيه الجمعة (قوله) وايقاعه عند اجتماع الناس وظهورهم كالغدوات والعشيات وايام المواسم والمجتمعات
كالاعباد وايام الجمع ودخول القوافل ومكانه الاسواق وابواب المساجد والجوامع ومجامع الناس ❁ لان

و يتولا بنفسه ونائبه واجيره والاجرة عليه وان نوى الحفظ والاقر بالاكْتفاء بقول العدل « متن »

الغرض اشاعة ذكرها واظهارها ليطهر عليها مالهما وقد جع في المبسوط والسرائر الكلام فيها في ثلثة اشياء وقت التعريف وزمانه وكيفيته فتالا وقت التعريف ان تعرف بالغداة والعشي وقت بروز الناس ولا تعرف بالليل ولا عند الظهيرة والماجرة قالوا واما الزمان فان تعرف في الجماعات والجمعات وان يقف على ابواب الخوامع ولا يعرفها داخلها فتأمل ولم يذكر امكانه وصياً في انه في موضع الالتقاط (قوله) ويتولا بنفسه ونائبه واجيره ❁ قال في التذكرة يجوز ان يوينه علامه وولده ومن يستعين به ويستأجره عليه لا نعلم فيه خلافاً وفي المسالك ان ذلك كله محل وفاق وفي الايضاح يجوز التعريف بنائب احده وما صرح به بجوار النيابة والاستعانة المبسوط والسرائر والتسرايع والتذكرة والخبر والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية والمنافع لان الغرض الاشهار والاعلان وهو يخص به شخص كان وفي مجمع البرهان ان ظاهر العبارات والروايات ان الملتقط يعرفها بنفسه (قلت) هذه عبارات الاصحاب (واما) قولهم عليهم السلام فان صاحبها يعرفها واذا انثيت عرفها فانما هو مثل قولهم اذا اصاب ثوبك بجاسة فاسله اذن من المعلوم ان ذلك ليس بعبادة كما هو واضح (واما) قوله في التذكرة ليس للملتقط تسليق اللقطة الى غيره الا باذن الحاكم فان فعل ضمن الامع الحاجة بان يريد السفر او لا يجد حاكماً يستأذنه او القبط ولم يتمكن من حفظها فانه تجوز له الاستعانة بغيره فلا ينافي ذلك فان تعرف الغير ما وهي في يد الملتقط غير ايداعها عند الغير واستينائه عليها ان سئل له ذلك هذا وقال في التذكرة ينبغي ان يتولى التعريف شخص امين ثقة عاقل غير مشهور باخلاعة واللعب ولا يتولا الفاسق لثلاث نفقذ فائدة التعريف وهذا الى الكراهية دون التحريم وقال في جامع المقاصد لكن لا يركن الى مجرد قول غير العدل بل لا بد من اطلاعه واطلاعه من يعتمد على خبره (قلت) وهل اخبار من يعتمد على خبره من باب الشهادة او من باب الحرا حتم الا ان اقواما الاول وفي المسالك والروضة يشترط في النائب العدالة والاطلاع على تعريفه المعتبر شره (قوله) والاجرة عليه ❁ كما هو قضية اطلاق المبسوط والسرائر وصريح الخبر والدروس والكفاية لان التعريف حق واجب عليه فيكون اجرة عليه وقال في التذكرة لو قصد الحفظ حين الالتقاط ابدأ بالاقرب انه لا يجب على الملتقط اجرة التعريف بل يرفع الامر الى الحاكم لينزل اجرة من بيت المال او يستقرض على المالك او يأمر الملتقط بالاقتراض ليرجع او يبيع بعضها ان رآه اصلح او لم يمكن الا به واستوجه في جميع المقاصد لان ذلك لمحض مصلحة المالك ولانه محسن وما على المحسن من سبيل فهو كالانفاق قال فان قيل ليس التعريف لمحض مصلحة المالك لانه بعد حصوله يسوغ له التملك وان لم يقصده فيكون لمصلحته ايضاً قلنا المقصود بالذات في ذلك مصلحة المالك ومصلحة الملتقط بالتبعية غير مقصودة فعلي هذا لو لم يجد الحاكم يمكن ان يقال يدفع الاجرة ويرجع اذا نوى الرجوع (قلت) اذا كان اخذها مكروهاً منبياً عنه في الاخبار معللاً بان الناس لو تركوها لجا صاحبها فخذها كيف يكون اخذها لمحض مصلحة المالك وانه محسن اليه فقول الشيخ ومن وافقه على اطلاقه انبه بالمذهب نعم يتم ذلك فيما اذا عرف انها تلف وقضية كلام من تعرض لذلك وصريح التذكرة انه ان كان اخذها لملك كانت مؤنة التعريف عليه وان ظهر المالك لانه انما فعل ذلك لمصلحة نفسه خاصة (قوله) والاقر بالاكْتفاء بقول العدل الواحد ❁ اي اذا اخبر العدل الواحد انه عرفها فانه يكفي بقوله سواء كان متبرعاً او باجرة وسيجى جامع المقاصد ان فيه قوة وكأنه لا ترجيح في الايضاح (قلت) الاقر اقرب لقوله جل شأنه وبو من المؤمنين والمؤمن وحده حجة والاصل صيانة المسلم عن الكذب لان الاصل الصدقة في اقواله وافعاله اذ لا منازع له وانه بالاستنباط صار له ولاية وان مثل ذلك مما تنصر اقامة البينة عليه فيلزم الحرج وهذا من باب الاخبار

ففي وجوب الاجرة حينئذ نظر ويذكر في التعريف الجنس كالذهب والفضة وان اوغل في
الابهام كان احوط بان يقول من ضاع له مال او شيء وينبغي ان يعرفها في موضع الالتقاط «متن»

يكتفى ٥٠ بخبر الواحد لانه احبر عن حكم شرعي غير مختص بمعين وليس احبارا بحق مخصوص لازم للغير حتى
يكون من باب الشهادة فتأمل (واما) الخبر بان قد اطلمت كى تعريفه حوالاً فهو من باب الشهادة كما تقدم ولم
يبق للوجه الآخر الا اصل عدم التعريف والذمة مشغولة به وهو مقطوع بما عرفت والذمة تبرء بذلك كما هو
التأن في امثاله ولا فرق في ذلك بين المترع وغيره واستلزامه في الثاني ثبوت حق له كى الغير لا يفتيه بتهمة
ورد خبره اذ العسر والخرج يقضيان بانه مثل الذي لا يعلم الا من قبله كى انا اذا قلنا بسقوط التكليف بالتعريف
باخباره بالنسبة الى الملتقط وان له التملك وبعدم شغل ذمته بالاجرة ارتفعت التهمة وكمن موضع حكماً فيه
يتبوت احداً للمولدين دون الآخر فتدبر (١) (قوله) ﴿ في ثبوت الاجرة نظر ﴾ يعني على القول بالاكْتفاء
بخبر العدل هل تجب الاجرة فيه نظر يتأ من ان الاكْتفاء بقوله في التملك وسقوط التعريف يقتضي وقوع
الفعل الذي هو متعلق الاجرة لثبوتها كى وقوعه لانه معلول آخر والحكم بثبوت احداً للمولدين يستلزم الحكم
بثبوت الآخر ومن انه ايجاب مال كى الغير بمجرد الدعوى وان قيل قوله في سقوط التكليف بالنسبة الى
الملتقط الذي لولاه لزم الحرج وقوى في الايضاح عدم وجوب الاجرة وفي جامع المقاصد انه الاصح ولعل
الاقوى والاصح ثبوت الاجرة لانه لمكان الحرج والعسر في اقامة البيئة بصير كالأعمال التي لا يعلم الا بئان
بها الا من قبله فانها يكتفى فيها بقوله كما تقدم (قوله) ﴿ ويذكر في التعريف الجنس كالذهب والفضة ﴾
ومعناه انه لا يذكر في التعريف الاوصاف بل ينبغي ان يقتصر على الجنس بدليل ما بعده كذا قال في جامع
المقاصد لكن في التذكرة والتحرير والدروس انه ان ذكر الجنس في التعريف جاز مع التصريح في بعضها بان
الايغال احوط كما ستسمع (قوله) ﴿ وان اوغل في الابهام كان احوط بان يقول من ضاع له مال او
شيء ﴾ كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والكفاية والمفاتيح وفي التحرير انه اولى وكذا الدروس
(قلت) لو تعرض لبعض صفاتها في موضع الامن من التلبس ليتنبه لها المالك فلا بأس بشرط ان لا يستقصى في
الوصف وفي رواية سعيد بن عمرو بن يعرف الكيس وقد وجد كيساً فيه سبع مائة دينار واقتره الصادق
عليه السلام على ذلك فيكون مثله جائزاً (قوله) ﴿ وينبغي ان يعرفها في موضع الالتقاط ﴾ كما في التحرير
لكن ظاهر التذكرة والدروس وصريح جامع المقاصد ان الحكم كى سبيل الوجوب لان طلب الشيء في موضع
فقدانه اكثر وهذا التعليل بقضي بالاستحباب وقد استدلل عليه اي الوجوب في الاخير بموثقة اسمى بن عمار
عن النكاظم عليه السلام عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيها نحواً من سبعين ديناراً مدفونة فلم تزل
معه ولم يذكرها حتى قدم الكوفة كيف يصنع بها قال يسئل عنها اهل المنزل لعلمهم يعرفونها قلت فان لم يعرفوها
قال يتصدق بها وسؤال اهل المنزل ليس بالتعريف المعروف ولهذا يدفع اليهم من غير بينة ولا وصف تعبداً
اجماعاً وقد حكم فيه بانه يتصدق بها ان لم يعرفوها والاصحاب اطلقوا انه حينئذ للواجد وبعضهم قيده بانتفاء
اثر الاسلام والا فلقطة ولعلمهم يحملون التصديق به على الاستحباب وكيف كان فدلالته على ما نحن فيه كما
ترى (ثم) انه قد يرشد الى الاستحباب قولهم انه اذا التقطها في الصحراء لا يلزمه ان يغير قصده ويعدل الى
اقرب البلاد الى ذلك الموضع او يرجع الى مكانه الذي انشاء السفر منه وهذا يقضي بانه اذا التقطها في غير
بلده لا يجب عليه الاقامة اسبوعاً او اكثر او اقل ليحصل الاشهار والاعلان اذ من المعلوم ان المرة والمرة في
حكم مالا اثر له ويرشد الى الوجوب الخبر فيمن وجد متاع تخصص معه ولم يجده حتى جاء الى الكوفة ولم يعرفه
(١) بيان ذلك ان التملك لمولود لحوط التعريف وثبوت الاجرة لمولود له والحكم بثبوت احداً للمولدين يستلزم
الحكم بثبوت الآخر (منه)

ولا يجوز ان يسافر بها فيعرفها في بلد اخر ونو التقط في بلد اخر جاز ان يسافر بها الى بلد بعد التعريف في بلد اللقطة ثم يكمل الحصول في بلده ونو التقط في الصحراء عرف في اي بلد شاء وما لابقاء له كالطعام يقومه على نفسه ويتفق مع الضمان " متن "

صاحبه قال ابو الحسن عليه السلام كيف يعرفه وه يعرف لده فاذا كان كذلك فعنه وتصدق به اد بهم ان التعريف في غير بلد الالتقاط لا فائدة فيه وقوم انه لا يجوز ان يسافر بها من بلده الى بلد هو موضع الالتقاط فيعرفها في بلد آخر لتعلق الوحوب بذلك البلد وانه لو اراد السفر فموص التعريف الى غيره ولا يسافر فينعي ان يلحق ذلك كله ثم ان اطلاقه هذا يتناول ما اذا التقطها في بلده او لبلدة اخرى وستعرف الحال في ذلك (قوله) ❖ ولا يجوز ان يسافر بها فيعرفها في بلد آخر ❖ قد عرفت الحال في ذلك وينبغي ملاحظة الجمع بين كلامي المصنف وفي آخره ان اذا سافر بها منه تعريف في اي بلد - وهو يوافق ما تقدمه ولا يتعرض له سرى المصنف وانحى التبي (قوله) ❖ ولو التقط في بلد اخر به حار ان يسافر بها الى بلده - من التعريف في بلد اللقطة ثم يكمل الحصول في بلده ❖ قد سمع الا ان كان معهم وم احد من صرح بهذا الفرع على هذا النحو الا المصنف في الكتاب حصة وكان يحقق الذي يوافق ذلك قال لم يذكر مدار التعريف في بلد الالتقاط ولا وقف على تعيين مقدار فيه ويمكن ان يقل نحو مقدار امدى يفيد الا ان في بلد الالتقاط ثم يكمل الباقي في بلده انتهى (قوله) ❖ ولو التقط في الصحراء عرف في اي بلد شاء ❖ كما في المبسوط والتحرير وجمع المقاصد اد لا اولوية لسلك على آخر وان قرب وفي الدروس والمسالك انه يعرف من يحده فيها ويتم اذا حضر في بلده وهو الموافق لما تقدمه فيحمل في الكتاب - انه لم يحده فيها احدا وقال في التذكرة ولو التقط في الصحراء فان احتارت - فاقوله - معهم سرى - معهم والا فلا فائدة في التعريف في المواضع الحالية ولكن يعرف مدار حصول اليها ولا يلزمه ان يعرف مسنده - عدل الى اقرب البلاد الى ذلك الموضع او يرجع الى المكان الذي اصابته منه وقال بعض الشافعية يعرفه في اقرب البلاد اليه انتهى وهذا القول قد استحسنه صاحب المسالك بناء على ان الاقرب اولى له لعله ليس طردا ولذلك اطلق الحاشية ومراده انه التقط في الصحراء ما بعد او بطن ان له مالكا فاعمل الا انه غير معين فلو التلقت فيها ما يعلم انه لا مالك له في الحال كان له من دون تعريف به يحصل اجماع من كلامهم هذا وسبقه لم ان ما يوجد في الغاوي او في خربة قد ناداهل - فهو واحد من غير تعريف اذا المالة والصحراء والعلاء هنا معنى واحد كما تقدم وبأق (قوله) ❖ وما لا يتق له كالطعام يقم على نفسه ويتفق مع المصنف ❖ هذا معنى ما في المتق والمقعة والهبابة والمرامه قال في المتق وان وجدت فيه ما في معارة فقهه على نفسك لصاحبه ثم كنه فان جاء صاحبه مرد عليه القيمة ونحوه ما ذكر معه وذلك معنى انه ضمن وهو معنى ما في المبسوط ان شاء الله ويرد القيمة ومثل ما في الكتاب ما في الشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة والمسالك والروضة وجمع الريحان وغيرها لكن في النافع والارشاد واللمعة مومة من دون ذكر لي نفسه لكن في الاولين انه يصح وهو بعيد تقويمه على نفسه ومما صرح انه يقوم به على نفسه المتق والمنفعة والهبابة والمرامه والشرائع والتحرير والدروس والروضة وبمعناه قوله في المبسوط كله ونحوه فملكه وقد نسه مع الضمان في الكشف الى كلامه وليس في العنية الا ان له العرف فيه من غير تعريف ودعه في الاجماع عليه وليس في الشرائع والدروس ذكر انه يضمن كما حكيناه اولا عن اللمعة لانه مراد حراما هذا وفي الخبر عن سفره وجدت في الطريق مطروحة كثير لحمها وحدها وحبها ويضها وميا سكنين قال بقوله ما فيها ثم يؤكل لانه يفسد وليس له بقاء « الخبر » وفي آخر فان وجدت ضعافا في معارة فقومه على نفسك لصاحبه ثم كنه فان جاء صاحبه فرد عليه القيمة وليس في ادول تصريح (التصريح ح ل) بالقوى على نفسه ولا يجمع

وله بيعه وحفظ ثمنه ولا ضمان او يدفع الى الحاكم « متن »

عليه الثاني بقيد الاحتمال ورود الامر بالتقويم على نفسه مورد الغالب من تعسر تقويمه على الغير في المساوئ واحتمال ورود اطلاق الخبر الاول عليه ممكن الا ان عموم مفهوم التعليل مع القطع بعدم الفرق يدفعه ولذلك ذكر المصنف وغيره ان له بيعه كما يستسمع لكن قدماء الاصحاب لم يذكروا ان له بيعه اصلاً ولم يذكروه احد قبل المصنف لكن ذلك غير ضائر لان احداً من القدماء سوى الشيخ لم يذكر الدفع الى الحاكم مع انه جائز له قطعاً ولم نجد احداً اشترط في التقويم على نفسه اذن الحاكم وكلام الرضا صريح او كالصريح في انسحاب الخلاف الا على اليه وكلام التذكرة التي لم يعرف الخلاف الا منها صريح في ان المنع انما هو في بيعه على غيره بدون اذن الحاكم واطلق له فيها جواز الاكل ولهذا اعترضه في جامع المقاصد بانك اما ان تشترط الرجوع الى الحاكم فيهما اولاً فيهما والفرق مشكل ثم قال ان مراجعة الحاكم فيهما اوجه (قلت) ستعرف الفرق والظاهر ان الثمن ان افترسه او قومه على نفسه بعين حينئذ يكون امانة فلو تلف بغير تعريض لم يكن عليه عوضه للاصل وجواز الاخذ والتقويم وعدم دليل على الضمان وان لم يفترسه فما في الذمة لا يخشى هلاكه ولو اختلفت قيمته فالمدار على قيمته يوم الاكل لا يوم الاخذ ولا اعلى القيم والتمريض للقطة لا لقيمتها وجزم جماعة بانه لا يجوز له ابقاء ذلك لانه يتلف فيضمن لتقصيره وفي جامع المقاصد نفي الرب عنه والظاهر ان المراد بما لا يبقى ما يفسد عاجلاً كالهرسة واللحم والطبخ والبطيخ لكن قال في التذكرة ما لا يبقى عاماً كالبطيخ الى آخره (قوله) ﴿ وله بيعه وحفظ ثمنه ولا ضمان ﴾ كما في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والمفاتيح وظاهر التذكرة الاجماع على انه يتخير بين البيع وتعريف الثمن وبين التقويم والتملك والتعريف حولاً حيث قال عندنا وكأنه استنباطي لان احداً لم يذكروه قبله وكذلك نسبته في الكفاية الى كلامهم لكنه قال ايضاً في التذكرة لا يجوز له بيعه بنفسه مع وجود الحاكم لانه مال الغير ولا ولاية له عليه ولا على مالكه فلم يجوز بيعه الا بالحاكم كخبر الملقط وقال ايضاً ذاباع الطعام الذي يخشى فساد تولاها الحاكم فان تعذر تولاها بنفسه لانه موضع ضرورة امواله باعه بدون اذن الحاكم وفي البلد حاكم كان البيع باطلاً انبيى ولعل الافقوى عدم وجوب استئذانه كما هو صريح مجمع البرهان وظاهر اطلاق الكتاب وما وافقه للاصل واطلاق قوله عليه السلام يقوّم ما فيها ثم يؤكل وقوله عليه السلام في الصحيح الوارد في النقاط الجارية انما يحل له بيعها بما انفق عليها ولان له عليه ولاية في الجملة لمكان استئذانه وتعلقاً به لمكان جواز تملكه فكان كأنه وكيل او صاحب مال ولان له ولاية التملك والصدقة بعد التعريف فالبيع بالطريق الاولى فتأمل في هذا وقد يستدل بانه قد ابيع له اكله من دون استئذان فيباح له بيعه وانه ابيع له بيعه عند العجز عن الحاكم فجاز عند القدرة عليه (واجاب) عن اول هذين في التذكرة بان في البيع ولاية على مال الغير بخلاف الاكل فان القصد به مع الانتفاع اداء القيمة الى المالك (قلت) هذا الفرق جيد واليه يرشد كلامهم في المسألة الآتية لكن قضية الاصول وظواهر الاخبار والفتاوى من المتأخرين بخلافه (واجاب) عن ثانيهما بان حالة العجز لا قدرة له على الحاكم فأبيع له البيع تحلصاً من ضررها بخلاف حالة القدرة (قلت) لعل غرض المستدل التبريد بما اشرنا اليه من ان له تعلقاً به وولاية عليه وليس كالاجنبي وقد عرفت ان احداً لم يذكروه قبل المصنف والكلام في الثمن والتعريف كما تقدم (قوله) ﴿ او يدفع الى الحاكم ﴾ كما في المبسوط والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة والمسالك والروضة وجمع البرهان وفي الاخير لعله لا خلاف فيه وظاهر التذكرة انه لا يخالف فيه الا احمد وفي الكفاية نسبته الى كلامهم لانه ولي الغياب وفي اكثر ما ذكر التصريح بانه لا ضمان ومع ذلك كله قال في المفاتيح قيل وان شاء دفعه الى الحاكم ابتداء ولا ضمان (قوله)

ولو افتقر بقاؤها الى العلاج كالرطب افتقر الى التخفيف باع الحاكم الجميع او البعض لاصلاح الباقي
ولو اُخِرَ الحول الاول عرف في الثاني وله التملك بعده على اشكال (الثاني الضمان) وهي
امانة في يد الملتقط ابدا ما ينو التملك او يفرط " متن "

❦ ولو افتقر بقائها الى العلاج كالرطب المنقر الى التخفيف باع الحاكم الجميع او البعض لاصلاح الباقي ❦
كما في المبسوط والشرائع وكذا التذكرة في مقام منها وقال في اللقطة اصلحه احكامه ببعضه وفسره في الروضة
بانه يصلحه ببعضه عوضا عن اصلاح الباقي اجمع او يبيع بعضه وينفقه عليه وجوبا حذرا من تلف الجميع ووجه
تعيين الرجوع الى الحاكم انه مال غائب وهو وليه في حفظ ماله وعمل ما هو احفظ له فيه فيجب على الملتقط اعلامه
بحاله ان لم يعلم ومع عدمه بتولاه بنفسه حذرا من الضرر بتركه كما في جامع المقاصد والروضة وهو يخالف
الحيوان حيث يباع جميعه لان النفقة لتكرر فيؤدي الى ان يأكل نفسه وفي التحرير والدروس انه يغير بين
فعل ذلك وبين الدفع الى الحاكم وهو خيرة موضع من التذكرة وقد استحسنه في المسالك وهو الاصح لما مر
فيما تقدم وكيف كان فهو لقطة شأنه شأن ما لا يبقى في جميع ما تقدمه (قوله) ❦ ولو اُخِرَ الحول الأول عرف
في الثاني وله التملك بعده على اشكال ❦ ولا ترجيح ايضا في الايضاح والاصح ان له ذلك كما هو حيرة
التذكرة والتحرير والدروس وغاية المرام وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وهو قضية كلاً الشرائع
والارشاد او صريحهما حيث قيل فيهما ولا يجوز تملكها الا بعد التعريف وان بقيت في يده احوالا اذ قضيت
ان التملك يصح بعد التعريف اذا بقيت في يده احوالا قبله ويأتي مثل ذلك للمصنف وكذا يجمع البرهان بل لا
يُجَدُّ مصرحاً بعدم لتطبيق الحكم بالتملك في النصوص على التعريف حوالاً الصادق على الواقع بعد الالتقاط
على الفور وبدونه (ووجه العدم) انه بقصر في تملك مال الغير المخالف للاصل على المتيقن وقول احد هما عليهما السلام في
صحيفة محمد فان ابتليت بها فمرت بها سنة فان جاء طالبها ولا فاجعها في عرض مالك والفاء تدل على التعقيب
بغير مهلة فيكون جعلها في عرض ماله موقوفاً على التعريف الواقع بعد ابتلائه بها بلا فصل وان التعريف لا مكان
لقاء المالك وانما يمكن في وقت طلبه والظاهر انه بعد الحول بئاس منها فتفتني فائدة التعريف (وفيه) ان الاصل
مقطوع باطلاق النصوص المقدمة وان غاية ما افاده الصحيح على تقدير التسليم وجوب الفور وهو غير شرطية
بل قد يظهر من الخبر بمعونة الاجماع والاخبار الآخر اشتراط التملك بالتعريف ولا نزاع فيه وتقدير شيء
زائد لا دليل عليه وفي كثير من الاخبار وفيها الصحيح يعرفها سنة من غير فاء وفي اخبار العامة عنه صلى الله
عليه وآله وسلم اعرف عقاصها ووكائها ثم عرف سنة فان جاء صاحبها والا فتأنتك فلو كان الفور معتبراً لزم
تأخير البيان عن وقت الحاجة ولا يجوز جعل الاعم من السبب مكانه وليس في اخبارنا ثم يعرفها كما توهمه في
المسالك (ثم) انا لا نسلم ان هذه الفاء للتعقيب كما في الايضاح وجامع المقاصد والمسالك وقد تقدم ذلك عن
التحرير بل هي رابطة الجواب الانشائي مثل قوله تعالى فان شهدوا فلا تشهد معهم ان كنتم تحبون الله فاتبعوني
ولا احد يقول بان هذه تفيد التعقيب والا لا فادته في قوله جل شأنه من جاء بالسبينة فكبت وجوههم وان
تاب زيد فتب (والحاصل) انه لا فائدة لهذه الفاء الا الربط وهو منحصر في ست مسائل (واما) الاخير فان
تم قضى بسقوط التعريف وبه استدلال احمد لا بعدم جواز التملك مع انه لو كان التأخير لعذر لم يسقط التعريف
عندنا وجاز وملك بعد التعريف وفي الدروس لا ضمان بالتأخير لعذر او لغير عذر ولعل الاشبه باصول الباب
انها ان بقيت في يده احوالا من غير تعريف لعذر او لغيره حيث بئاس من صاحبها وصاحبها بئاس منها
ولا يفتن لها لو سمع تعريفها انها تكون كالمال المجهول المالك يجب عليه ان يتصدق بها لكنه ان اراد تملكها
عرفها تبدا وان لم يجد تعريفها لمكان اطلاق النصوص والفتاوى فتأمل جيداً (قوله) ❦ (الثاني الضمان)
وهي امانة في يد الملتقط ابداً ما لم ينو التملك او يفرط ❦ كما هو صريح التذكرة وقضية كلام

ولو نوى التعريف والتملك بعد الحول فهي امانة في الحول مضمونة بعده ولو قصد الخيانة بعد قصد الامانة ضمن بالقصد وان لم يخزن بخلاف المودع لتسليط المالك هناك ولو نوى التملك ثم عرف سنة فالاقرب جواز التملك « متن »

غيرها وظاهر التذكرة ان لا يخالف في شيء من الاحكام الثلاثة حتى من العامة لان الضمان مع التعريف مما لا ريب فيه كما انها امانة ابدأ اذا نوى الحفظ لصاحبها ابدأ مع عدم اخلاقه شرعياً كما تقدم ولا احد خلافاً في ان اخذها نية التملك قبل الوقت المستروع له وهو ما اذا كانت النية للتملك في الابتداء من دون تعريف او في اثناء الحول مقتضى للضمان لان يده حينئذ يد خيانة وعدوان والظاهر انه يبرء بالدفع الى الحاكم فهاتان صورتان من صور احذ الملتقط وبقى صور آخر تأتي في كلامه (قوله) ﴿ ولو نوى التعريف والتملك بعد الحول فهي امانة في الحول مضمونة بعده ﴾ هذه صورة اخرى من صور احذ الملتقط (اما) انها امانة في الحول فما لا خلاف فيه ولا اشكال كما تقدم مراراً وهي شرعية لكن جعل لها الشارع هنا حكماً آخر كما تقدم بيانه (واما) انها مضمونة بعد الحول ففي الكفاية انه المعروف من مذهب الاصحاب وهو كذلك لكنها انما تضمن حينئذ ان نوى التملك بعده كما في المبسوط والتسريع والتحرير والارشاد والدروس وجمع الرهان وكان عزم التملك مطرداً باقياً وان لم يجر صيغته كما لو نوى التعريف والتملك مده وبقى عزمه كما هو المفروض في الكتاب والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك لانه صار ملكاً لنفسه فانسبه المستام وان لم يملك بالفعل وصرح التحرير والرياض وظاهر الكفاية انه لا بد في هذا الفرض من تجديد نية اخرى وسيأتي من المصنف وغيره النص على عدمه هذا اذا قلنا بافتقار التملك الى النية كما هو المعتمد عند علمائنا كما في التذكرة وقد تقدم بيانه والا نقل بذلك بل قلنا تملك قهراً بغير نية ولا اختيار كما يأتي فلا اشكال في الصمان كما في التذكرة ايضاً وغيرها لكنه سيأتي انهم يختلفون في ان اللقطة هل تضمن بطلالة المالك او نية التملك وقد اختار الاول الشيخ في المبسوط وجماعة وهنا اطلقوا الكلمة ويمكن الجمع بان خلافهم هناك انما هو في تمام سبب الضمان فهل هو نية التملك فقط او ان ذلك جزء سبب ولا يتم الا بطلالة المالك فليلاحظ ذلك ويأتي تحريره ان شاء الله تعالى ثم ان في بعض العبارات لا تضمن الا بنية التملك بعد التعريف مع انه يصح بالتصدق الا ان يكون المراد وهي عنده او يكون المراد ضماناً حتمياً لانه مع التصديق يحتمل ان يرضى المالك بذلك فلا ضمان (قوله) ﴿ ولو قصد الحياة بعد قصد الامانة ضمن بالقصد وان لم يخزن بخلاف المودع لتسليط المالك هناك ﴾ قد تقدم الكلام في ذلك في باب الوديعة ولو لم يقصد امانة ولا خيانة لم تكن مضمونة عليه وله ان يملك بشرطه وكذا لو اضمحل احدهما ونسي تملكاً باصالة الرائة (قوله) ﴿ ولو نوى التملك ثم عرف سنة فالاقرب جواز التملك ﴾ قد تقدم انه لو نوى التملك بعينه عرف حين الالتقاء واراد اخفائها الى المالك كان عاصباً صامتاً فلو انه عرفها بعد ذلك التعريف المعتبر فقد قرب المصنف جواز التملك له وهو خيرة التذكرة والتحرير والابيضاح وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وكذا الدروس لانه قد وجد سبب المالك وهو التعريف والالتقاط فيتملكها به ولان عموم النصوص تناول هذا الملتقط والمنع لا يصلح للمناعة للاصل والضمان لا ينافي جواز التملك مع حصول الشرط على انما لو اعتبرنا بنية التعريف وقت الالتقاط للزم ان يمنع الفاسق والصبي والسفيه من الالتقاط لان الغالب على هؤلاء نية التملك حين الالتقاط من دون نية تعريف ويتبهن الحال فيه ما اذا دخل حائط غيره واحتش منه او احتطب او اصطاد فانه يملك ذلك وان كان دخوله محرماً (ووجه العدم) انه احذ مال غيره على وجه لا يجوز له اخذه فانسبه الفاسق وجعل في جامع المقاصد ثم خارجة عن بابها في عبارة الكتاب وفسرها بانه اخذها بقصد التملك وعرفها التعريف المعتبر متصلاً بالاخذ وقال لا يراد منها التراخي عن الاخذ ولعله نظر الى انه اذا تراخى لم يحصل التعريف المعتبر لأن المصنف فيما تقدم استشكل

وبنية التملك يحصل الضمان وإن لم يطلب المالك على رأي « متن »

في التملك فيما إذا احرى حول وقد عرفت ان لا يخالف في انه له التملك هناك وإن وجه العدم ضعيف (قوله) ونية التملك يحصل الضمان وإن لم يطلب المالك على رأي الشيخ عليه الفتوى كما في المصباح وعليه الاكبر كما في المسالك وانكفاة وهو صريح الترائع والايصاح والارشاد والدروس وظهر ان نية التملك بل كاد يكون صريح الاحيرين وحكي في اخلاف اجماع الفرقة واجبارهم على انه اذا عرفها سنة واكلمها كان ضامناً ولم يتعرض لمطالبة المالك اصلاً ولهذا سبأ الى ظاهره ويرشد اليه انه قال في التحرير قال الشيخ في بعض كتبه يضمن بمطالبة المالك لا بنية التملك وفي اكثرها ان الضمان يتعلق به بالنية وقال في اواسط الباب من المبسوط قال قوم يلزم الملتقط الضمان وقت مطالبة صاحبها بها لقوله صلى الله عليه وآله وسلم من وجد لقطة فليشهد ذا (دوي خ ل) عدل ولا يكتم ولا يعيب فان حاء صاحبها فليردها والا فهو مال الله يؤتيه من يشاء وقال آخرون اللقطة بعد الحول تجري بحرى القرض والقرض يلزم بنفس القرض لا بمطالبة المقرض والاول اقوى انتهى وهو ظاهر السرائر حيث قال هو ضامن اذا حاء صاحبه وقد يظهر ذلك من الغنية وفي انكفاة انه اقرب واختاره في جامع المقاصد محرراً له قال متى كانت العين باقية وظهر المالك وطالب وجب ردّها ولا بعد في ذلك بان يكون ملك الملتقط اياها منزلاً وان حاء بعد تلفها وطالب وجب البدل يوم التلف او يوم المطالبة وقال انه اعدل الاقوال لان فيه جمعاً بين الادلة والادل عدم امر زائد عليه (وحاصل كلامه) ان الملتقط يملكها ملكاً منزلاً مراعى يزول بمجي صاحبها ويجب البدل مع تعذر ردّ العين وسببه الى التحرير وقال انه قوي متين واختاره في المسالك لكنه قال ان ضمانها مراعى بظهور المالك او مطالبة قال وهذا حسن والظاهر من الاخبار ان الضمان يحصل بظهور المالك لكن الشيخ اعتبر المطالبة انتهى (قلت) نسمع ما في الدروس من ان الروايات محتملة وقوى في الروضة ان ضمانها لا يحصل الا بظهور المالك طالب ام لم يطالب مع احتمال توقفه على مطالبة وقال في التحرير ويملك الملتقط اللقطة ملكاً مراعى يزول بمجي صاحبها فان وجدها المالك كان احق بها وليس للملتقط دفع القيمة او المثل الا برضاه على اشكال الى ان قال ولو تعذر ردّ اللقطة بعد التملك وجب على الملتقط ائيل ان كان والا القيمة والوجه ان القيمة المتبعة هي القيمة وقت التملك وهل يملك الملتقط اللقطة بعد التعريف والنية بغير عوض ينبت في ذمته وانما يتجدد العوض في ذمته بمطالبة المالك كما يتجدد ملك الزوج لصف الصداق بالطلاق او بعوض ثابت في ذمته لصاحبها فيه احتمال قال الشيخ في بعض كتبه يضمن بمطالبة المالك لا بنية التملك وفي اكثر كتبه الضمان يتعلق به مع النية انتهى كلام التحرير ولا ترجيح فيه فيما نحن فيه وبحوجه ما في الدروس لكنه رجح المشهور كما حكيناه عنه قال هل يملكها بعوض ينبت في ذمته او بغير عوض ثم يتجدد بمجي مالكيها في الروايات احتمال الامرين والا قرب الاول انتهى وكلام التحرير مع ملاحظة اوله وآخره ظاهر او نص في انه يملكها ملكاً مراعى لكن هذا الملك يحتمل ان يكون بغير عوض ثابت في الذمة حين التملك وانما يتجدد بمطالبة المالك وان يكون بعوض ثابت كذلك في ذمته لصاحبها فلا ملازمة ولا ترتيب بين كون الملك فيه منزلاً مراعى وكون الضمان عند المطالبة (وليعلم) ان كلام المشهور هنا مع قولهم ايضاً بعدم وجوب ردّ العين لو كانت باقية يقضي بانهم يقولون انه يملكها ملكاً مستقراً غير منزّل كملك المباحات بعوض مضمون في ذمته ضماناً منزلاً مراعى بظهور المالك ومطالبته فان ظهر علمنا اسقرار الضمان والا انكشف عدمه كما هو الشأن في البيع الفضولي على القول بان الاجازة كاشفة كما هو الشأن في الوديعة اذا صارت مضمونة والعارية المضمونة وضمان الناصب فعنى الضمان حينئذ ان الشارع جعل ذمة الملتقط متعلقة بالمال على وجه يلزمه بدل المال له على

تقدير ظهوره ومطالبته فلزوم البذل ثمة الضمان وفائدته لانفسه كما بيناه في باب الودعة وليس معنى الضمان فيها نحن فيه وفيما مثلنا به ان العوض يستقر في ذمته كالقرض لعدم امكانه فيها مثلنا به لان العوض فيها انما يستقر بالتلف والابراء منه ابراء مما لا يجب مع انهم قالوا بصحة الابراء من الضمان فيها فلا بد ان يكون مرادهم ما ذكرناه وهم صرحوا به (واما) عدم صحته فيما نحن فيه فالوجه فيه ظاهر لان الالتقاط عندنا اكتساب وليس جاريًا مجرى الاستقراض وانما هو مذهب للشافعية ولو جرى مجراه لم يصح من الصبي والمجنون بل ولا صح لوليها ان يملك لها بعد التعريف ان كانت مصلحتها في عدم الاستقراض كما قد تقدم وما حكيناه عن المبسوط ثانيًا فانما هو ما قولنا للعامة قال ان احدهما اقوى والذي يظهر منه في الباب ان مذهبه فيه هو ما حكيناه عنه اولًا وذلك لا يدل على عدوله عنه وهو الموافق لاجماع الخلاف وكلام الاصحاب وكلام التحرير والدروس لا يأتى عماد ذكرناه في تحرير مذهب المشهور وان اوهم باده بدء خلافه وكذلك ما حكيناه عن السرار وما في الدروس والتنقيح وجامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا ما يأتي من الكتاب من انه على قول مشهور يكون مدينًا بالعوض فيجب عزله عند الموت والايضاء به وبعد مدينًا بسببه فيستثنى في الخمس وغير ذلك فليس يجيد لما عرفت مع استمرار الطريقة واستقامة السيرة على خلافه ولو كان كذلك لورد في خبر من اخبار الباب على كثرتها مع ان ذلك جار فيها اذا تصدق به ايضًا وخبر محمد الذي تضمن الايضاء به يحمل على انه ابقاه امانة لم يملكه فكانت الاحتمالات في المقام كثيرة (منها) ما ذكرناه في بيان كلام المشهور (ومنها) انه يملكه ملكًا مستقرًا بعوض ثابت لازم كالقرض لا يزول الا بعفو المالك او عدم مطالبته (ومنها) انه يملكه ملكًا مستقرًا مجانًا ويتجدد وجوب العوض بظهور المالك او مطالبته (ومنها) انه يملكه ملكًا متزلاً مجانًا يزول بمجيء المالك او مطالبته ويجب البذل مع تعذر العين (ومنها) انه يملكها ملكًا متزلاً بعوض متزلاً وكأنه لا يصح ان يقال انه يملكها ملكًا متزلاً بعوض مستقر ويأتي للمصنف في الكتاب الاستشكال في انه هل يملكها مجانًا ويتجدد وجوب العوض بمجيء مالكيها او بعوض ثبت في ذمته وهو محتمل لاكثر الاحتمالات المذكورة ويأتي بيان الوجه في جزئه هنا واستشكاله من دون تقادم عهد وقد استدلل للمشهور بعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت وبانه تصرف في مال الغير بغير اذنه وهو يوجب الضمان وهما كما ترى واقعد ما يستدل لم به ما في الشرائع بالتذكرة وغيرهما من ان المطالبة تترك على الاستحقاق اي على ثبوت حق سابق اذ لو لم يكن له حق سابق لم يكن لصاحبه المطالبة لانها اذية فلو ترتب الاستحقاق وثبت الحق على المطالبة لزم الدور وانه لو لم يجب العوض قبل المطالبة لم يكن له المطالبة بالبذل اذا تلفت لان العين قد تلفت على وجه غير مضمون (واجاب) عن الاول الشهيد الثاني بمنع توقف المطالبة على الاستحقاق بل على امكانه وهو حاصل سلبًا لكن الاستحقاق حاصل وان لم يكن الضمان حاصلًا لان المراد انه اذا جاء المالك استحق ان يطالب واذا طالب وجب الضمان وهذا مأخوذ من جامع المقاصد وقد فهم من الاستحقاق استحقاق المطالبة لا غير مع انه محتمل لغيره كما عرفت سلبًا لكننا نقول له بماذا يستحق المطالبة فان كانت بالعوض الذي يثبت بالمطالبة اذ لا يريد الثابت قبل رجوع الامر الى انه اذا جاء المالك استحق المطالبة بالعوض الذي يثبت بالمطالبة فيرجع الى الدور الذي قالوه لان المطالبة اذية لا تجوز الا بحق سابق (واجاب) المحقق الثاني بان اقتضاء المطالبة سبق الاستحقاق صحيح لكنه لا يلزم منه ثبوت الضمان قبل مجيء المالك بل غايته انه اذا جاء المالك استحق فطالب فان اراد انه استحق العوض كان ثبوت العوض والضمان بمجيء المالك لا بالمطالبة وهو خلاف ما يحاول فتأمل وان اراد انه استحق المطالبة بالعوض جاء ما ذكرناه على المالك (واجاب) عن الثاني بمنع كون الاتلاف غير موجب للضمان مطلقًا لا مكان ان يقال المراد بضمان العين من حين تملكها كون المالك اذا جاء يرد عليه البذل اذا تلفت العين وهذا كاف في صدق معنى الضمان وفيه ما في المسالك قلت (هذا مراد المشهور كما بيناه فلم يكن اتي بشيء آخر وانت اذا امتنت النظر وتأملت فيما ذكرناه في معنى الضمان كدت تقول ان النزاع يعود لفظيًا فليتأمل جيداً

(الثالث التملك) وانما يحصل بعد التعريف حولاً ونية التملك على رأي " متن "

(واما) قولها انه يملكها ملكاً مراعياً ففيه ان الظاهر من قولهم عليهم السلام انها كسبيل ماله واحملها في عرض مالك والا كانت في ماله فان مات كانت ميراثاً لولده ولم يرثه فان لم يجز لها سالب كانت في اموالهم هي لم انه يملكها ملكاً مستقراً وان لا عوض لها اصلاً (ولك ان تقول) ان ظاهر قولهم عليهم السلام في عدة اخبار فان جاء طالبها دفعها اليه وردته اليه وجوب رد العين وذلك بقضي بتزول الملك وان الاصل بقاء مال المالك على ملكه خرج التملك في الجملة فيكون ملكاً مراعياً محافظة على الاصل فينقضي الملك وينقطع بظهور المالك سواء كانت العين باقية او تالفة ولا بعد في حمل ما ذكرت من قولهم عليهم السلام على الملك المراعى كما اوجبوا العوض والضمان مع ان ظاهر الادلة خلافه مضافاً الى ما يأتي في المسألة الآتية من معنى قولهم عليهم السلام اجعلها في عرض مالك ولكن لنا ان نقول وجب العوض بالاجماع وبقيت العين على ملكه الدائم لمكان دليله الظاهر في ذلك ويحمل قولهم عليهم السلام دفعها اليه على ما اذا جاء قبل التملك فتأمل ويأتي بلطف الله تعالى تمام الكلام في هذا (وقد استدلو) للشيخ بقوله صلى الله عليه وآله وسلم فان جاء صاحبها فليردّها والا فهو مال الله يوتي منه بشاء وهذا عامي وقول الباقر عليه السلام من وجد شيئاً فهو له فليستع به حتى يأتي طالبه فاذا جاء طالبه رده اليه وقول الصادق عليه السلام فان وجدت صاحبها والا فانت احق بها وهي كسبيل مالك الى غير ذلك مما استدلل به في المسالك ولم يتضح لنا وجه دلالتها ونعم ما قال في الدروس من ان الروايات محتملة للامرين اي قول الشيخ وقول المشهور (وكيف كان) فهذا الضمان دائم وليس بمخصوص بمجيء المالك بل الوارث ايضاً كما افصحته به رواية ابي خديجة ولا يبعد ان يكون كذلك بعد موت الملتقط ايضاً لمكان عموم اذا جاء صاحبها (قوله) الثالث التملك وانما يحصل بعد التعريف حولاً ونية التملك على رأي هو خيرة المبسوط والخلاف في موضعين منه والوسيلة والغنية والشرايع والنافع وكشف الرموز والتحرير والتذكرة في موضع منها والمختلف والارشاد وشرحه لولده والايفاض والدروس واللمعة والمقنصر وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان وهو المحكي عن الثقي وهو المشهور كما في الروضة والاشهر كما في التذكرة والمسالك والكفاية وعليه الاكثر كما في المختلف وهو الحق وعليه الفتوى كما في التنقيح وفي الغنية الاجماع عليه وفي زكوة الخلاف انه هو المذهب وفي مقابلة هذا القول قول جماعة انها بعد احول والتعريف تدخل في ملكه قهراً وقد نسب في الدروس الى ظاهر النهاية والمنفعة والى الصدوقين وابن ادريس (قلت) اذا كان ظاهر المنفعة كان ظاهر المراسم وقال في المختلف ليس في المنفعة والمراسم دلالة لى احد القولين (قلت) قل في المنفعة وان كان الموجود في غير الحرم عرف سنة فان جاء صاحبه والا تصرف فيه الذي وجدته وهو ضامن له ومثلها عبارة المراسم وليس في كلام الصدوقين والشيخ في النهاية الا قولهم انها كسبيل ماله كما في جملة من الاخبار وهذا لا ينافي الملك الاختياري لان مثل ذلك يقال في مثل ذلك نعم المصريح به ابن ادريس في السرائر مدعياً عليه الاجماع وتواتر الاخبار وقد قرأه صاحب الكفاية وقال في الدروس انه اشهر وقد نفى عنه البعد في الرياض مع انه في مكانة من البعد من وجوه كما ستعرف ولا اقل من ان يكون كسائر المباحات وقد بينا انه لا بد في تملكها من النية وكيف يجتمع هذا مع اجماع الخلاف والغنية والتذكرة على انه مخير بين التملك والتصدق به والحفظ للمالك فضلاً عن اخبار الخلاف والفتاوى كما تقدم يبان ذلك كله وما في التذكرة من قوله كما جاز التقاطه بملك بالتعريف حولاً اثباتاً او عروفاً عند علمائنا اجمع فانه مسوق للرد على الفارق بين العروض والاثمان واصحاب القول الاول اختلفوا فلا اكثر على ان الملك يحصل بقصد التملك فقط ولا حاجة الى اللفظ ولا الى التصرف وقال التبع في الخلاف لا تدخل الا باختياره بان يقول قد اخترت ملكها ووافقه على ذلك ابن حمزة وابو الصلاح وهو ظاهر التذكرة في موضعين منها وحاصله

ولو قدم قصد التملك بعد الحول ملك بعده وان لم يجدد قصدا « من »
انه يشترط مع نية التملك التلفظ في التنقيح ان الفتوى على خلافه وذكر في المسالك قولاً آخر وهو انه لا
يملك الا بالتصرف بمعنى كونه تمام السبب والجزء الاول التعريف والثاني نية التملك او لفظه الدال عليه وهذا
ليس لاحد من طائفتنا وانما هو احد اقوال النافعي (حجة المشهور) على عدم التملك قهراً بعد الاجماع المحكي
في الغنية وظاهر الخلاف والتنقيح الاصل وظاهر الاخبار (اما الاول) فلأن الاصل بقاء الملك على ملك
مالكه وعدم نقله عنه الا بسبب موجب للنقل وليس مضي الزمان موجباً له اذ لم يبعد في الشرع مثله
(واما الثاني) فلورود النص بانه اذا تصدق بها بعد الحول خير المالك بين الغرم وكون الاجر له وبين عدمه
والاجر للمالك ولو كانت ملكاً له كان ثواب الصدقة له لا ينتقل عنه بالغرم وقال احدهما عليهما السلام
في صحيح محمد فان ابتليت فعرفت سنة فان جاء طالبها والا فاجعلها في عرض مالك يجري عليها ما يجري على
مالك حتى يجي لها طالب فان لم يجي لها طالب فاوص بها في وصيتك فان امره عليه السلام بالايصاء بها
وجعلها في عرض ماله ظاهر في ابقائها امانة ومعنى جعلها في عرض المال انه يجعلها في جملة من غير مبالاة
ومعناه انه لا يجب عليك عزها عنه في مكان وحدها وانك لا تضمنها بل حالها حال مالك يصيبها ما اصابه
قال في الوافي هذه اللفظة تستعمل في مثل هذا المعنى يقال يضر بون الناس عن عرض اي لا يبالون بمن
ضر بوا ومنه كل الجبن عرضاً اي اعترضه واشتره ولا تسأل عن عمله وكأن شيئاً في الرياض لم يلحظ آخر
الظهور والا لما انكر ظهوره في ابقائها امانة ويمكن ان يستدل به لما في الروضة بانه عليه السلام امر بجعلها في
عرض ماله واقل مراتب الامر الاباحة وذلك يستدعي ان يكون المأمور به مقدوراً وهو لا يجتمع مع الملك
قهراً وما اعترض عليه به في الرياض انه انما يتم لو كان المأمور به جعلها مالا وجعلها في عرض المال غير جعلها
مالا غير سديد لانهما ان كانتا بمعنى تم استدلال الروضة وان كانتا غيرين تم الاستدلال الاول بل يتم
استدلال الروضة ايضا بناء على ان المراد بجعلها في عرض ماله جعلها امانة فيدخل تحت قوله مقدوراً وفي الصحيح
بمرقها سنة فان لم تعرف حفظها في عرض ماله حتى يجي صاحبها فيعطيا اياه وان مات اوصى بها وهو ضامن
ولو كان مالكا قهراً لكان له التصرف فيها كيف شا. ولم يأمره بحفظها (واوهن) شي احتمال ان يكون فان لم
يعرفها بالتشديد لانه لو كان كذلك لامره بالتعريف لا بحفظها من دون تعريف ثم ان الموجود في النسخ
الصحيحة فان لم تعرف بالتاء ذي النقطتين من فوق (حجة السرائر) وما وافقها ما ادعاه فيها من الاجماع وتواتر
الاخبار وقد عرفت ما يعارض ذلك وقال في المختلف ان ادعائه الاجماع وتواتر الاخبار خطأ فان اكثر
الاصحاب قالوا انه لا يملك الا بولاية بل ابو الصلاح جعل الاحتفاظ وعدم التملك اولى والاخبار انما تنطق
بما قلناه انتهى (قلت) دليله من الاخبار قولهم عليهم السلام هي كسبيل ماله وقد عرفت الحال في ذلك واحاط
في المختلف بان التشبيه يدل على المغايرة والالكان اتحاداً لا تشبيهاً وهو يدل على نفي المالية انتهى وقد فسره
في التنقيح بان التشبيه لا يقتضي الاتفاق في جميع الاحكام والا لكان هو هو بل يكفي في مطلق التشبيه
الاتفاق في بعض الاحكام وهو هنا كذلك فانه يشابه ماله في جواز التصرف فيه باحد الامور الثلاثة فورد
عليه ان الاتفاق في جميع الاحكام لا يستلزم الاتحاد لانه يكفي في التباين استناده الى امر آخر غير الاحكام
كتغاير الماهية ونحو ذلك (وحجة) الخلاف ان الملك يثبت حيثما اجتمع ولا دليل على ما سواه وضعفه في
جامع المقاصد بان حصول الملك لا شك فيه وتوقفه على سبب لا يستدعي سبباً معيناً والاصل عدم التعيين
وذلك دليل على الاكتفاء بالنية فلا يستقيم نفي الدليل على ثبوت الملك بها وليس الدليل مخصصاً في الاجماع
وحاصله ان احد السببين كاف وان دليله من الاخبار من وجد شيئاً فهو له ونحوه وتظهر الفائدة بين القولين
الاولين في اختيار الصدقة والنماء التجدد والجريان في الحول وتظهر فائدة الثالث في الاخيرين (قوله)
❁ ولو قدم قصد التملك بعد الحول ملك بعده وان لم يجدد قصدا ❁ لان القصد المذكور صالح لان

ولا يفتر الى اللفظ ولا الى التصرف سواء كان غنياً او فقيراً مسلماً او كافراً اما العبد فبتملك المولى ولو نوى التملك دون المولى لم يملك نعم له التصرف و يتبع بعد العتق ومن انعتق بعضه حكمه حكم الحر في قدر الحرية وحكم العبد في الباقي « متن »

يكون سبباً لحدوث الملك في الوقت الذي علق به ولا دليل على اشتراط مقارنته لحصول الملك وهذا هو ما اشرنا اليه فيما سلف وقد عرفت من خالف في ذلك (قوله) ❦ ولا يفتر الى اللفظ ولا الى التصرف ❦ كما تقدم بيان الامرين (قوله) ❦ سواء كان غنياً او فقيراً مسلماً او كافراً ❦ قد تقدم فيما سلف انه حكي في التذكرة الاجماع على ان الملتقط يتغير بين امور ثلاثة سواء كان غنياً او فقيراً او من نحل له الصدقة او تحرم عليه وفي محبة الحلبي عن الصادق عليه السلام في اللقطة يجدها الرجل الفقير او فيها بمنزلة الغني قال نعم ثم ان الالتقاط اكتساب وكل واحد منهم صالح له وقال ابو حنيفة ان كان غنياً لم يكن له التملك وبه قال الحسن ابن صالح والثوري لقوله صلى الله عليه وآله وسلم فان وجد صاحبها فليردها عليه والا فهو مال الله يوتيئه من بقاء وما يضاف الى الله عز وجل لا يملكه الا من يستحق الصدقة (قوله) ❦ اما العبد فيتملك المولى ولو نوى التملك دون المولى لم يملك نعم له التصرف و يتبع به بعد العتق ❦ قد تقدم الكلام ان العبد يجوز التقاطه اذا لم يأذن له المولى في الالتقاط ولا في التملك ولم ينه فاذا التقط شيئاً صح منه ان يبرقه كما صح التقاطه فاذا اكمل حول التعريف لم يكن للعبد ان يملكها لنفسه ولا لسيده (اما الاول) فلا نه ليس اهلاً لذلك مطاقاً على ما هو المعروف وبدون تمليك السيد على قول بعض اصحابنا والمفروض ان السيد لم يملكه (واما الثاني) فلا ان السيد لم يقع منه نية التملك على انه على كل من التقديرين لا اعتبار بقصده وانما يقع الالتقاط منه للسيد اذا شانه كما تقدم بيانه في الفالة فان اختار العبد التملك على الوجه الذي لو فعله الحر ملك به لم يملك به وتكون العين في يده مضمونة عليه يتبع بها بعد العتق كما في المذموم والتذكرة والتحريم ولم تعرض في الثلاثة الى انه يباح له التصرف فيها كما هو ظاهر قوله في الكتاب نعم له التصرف ولعله نظر في ذلك الى ان له التصرف بالمباحات اذا حازها كلعوم الصيد واكل الاعشاب ونحو ذلك من غير توقفه على اذن السيد واللقطة كاحدها لكنه انما يتم في المباح من اللقطة كما اذا كانت دون الدرهم فانه قد تقدم انها كسائر المباحات الا انه لا يكاد يظهر من العبارة وانما هي مسوقة لما يجب تعريفه وهذا لا يباح التصرف به لان اللقطة مال الغير فلا يحل التصرف فيها الا بعد التملك ولا يحصل الا باذن المولى والمفروض عدمه (وعساك تقول) انه اذا اذن له في التصرف ساغ له ذلك (قلنا) ان كان الاذن في التصرف يقتضي الاذن في التملك والدخول في ملك السيد رجع الامر الى خلاف الفرض بل لا يجبه قوله و يتبع به بعد العتق وان كان لا يقتضيه لانه اعم منه لم يفد اباحة التصرف لانها تكون باقية على ملك الغير واحتمال نزع بل اطلاق الكتاب على ان المراد بالتصرف تصرف خاص كمنحور ركوب الدابة وتحميلها وشرب اللبن ونحو ذلك فان ذلك يجوز لكل ملقط عبداً كان او غيره فلا يتوقف على الاذن جيد جداً لكن فيه ان الظاهر منه خلافه وانه لا بد في مثل ذلك من المقاصة كما تقدم بيانه فيتبع بالزائد بعد العتق (قوله) ❦ ومن انعتق بعضه حكمه حكم الحر في قدر الحرية وحكم العبد في الباقي ❦ من نصفه حر ونصفه رقيق يصح التقاطه لان القن عندنا يجوز التقاطه فهذا اولي فان لم يكن بينه وبين السيد مهايأة كانت اللقطة بينهما على النسبة كسائر الاكتسابات وكنا كرجلين وجداً معاً لقطة والا قرب الاكتفاء بتعريف احدهما وان كان بينهما مهايأة فنحن كما في التذكرة ان اللقطة تدخل في المهايأة وحكمها حكم سائر الاكتسابات وان لم تكن من المتادة كالصياغة والخياطة فان وقعت في نوبة المولى كانت له وان وقعت في نوبة العبد كانت له ايضاً وايهما وقعت له فانه يبرقها ويملكها والاعتبار بيوم الالتقاط لانه وقت حصول الكسب لا بوقت التملك فلو وقع الالتقاط في نوبة

ولو نوى احد الملتقطين اختص بملك نصيبه وهل يملكها مجانا ويتجدد وجوب العوض بمجي مالكا او بعوض يثبت في ذمته اشكال والفائدة وجوب عزلها من تركته واستحقاق الزكاة بسبب الغرم ووجوب الوصية بها ومنع وجوب الخمس بسبب الدين على التقدير الثاني وتملك العروض كالاثنان ولا يجوز التملك الا بعد التعريف وان بقيت في يده احوالاً ويكفي تعريف العبد في تملك المولى لو اراده وما يوجد في الفاويز وفي خربة قد باد اهلها فهو لواجده من غير تعريف ان لم يكن عليه اثر الاسلام والا فللقطة على اشكال وكذا المدفون في ارض لا مالك لها «متن» العبد مثلاً وكان انقضاء مدة التعريف في نوبة السيد فالمدار على نوبة الالتقاط والحكم لها وان قلنا ان اللقطة نادرة والنادر لا يدخل في المهايأة كان الحكم فيها كما لو لم يكن بينهما مهايأة وبقي الكلام في اساس التعريف وشهوره والثوبة قد تمتع من التعريف وقد لا تمتع (قوله) ﴿ولو نوى احد الملتقطين اختص بملك نصيبه﴾ اذا التقطها اثنان معاً دفعة وجب عليهما معاً تعريفها حوالاً والا قرب الا كفاء بتعريف احدهما لانه لا يجب على الملتقط مباشرة التعريف فاذا انقضت مدة التعريف واختاراً معاً تملكها ملكها ولو اختاراً حفظها لم يملكها احد منهما وكانت امانة في ايديهما ولو اختار احدهما التملك دون الآخر ملك نصفها دون الآخر وبقي النصف الآخر امانة (قوله) ﴿وهل يملكها مجانا ويتجدد وجوب العوض بمجي مالكا او بعوض يثبت في ذمته اشكال﴾ هذه المسألة بعينها هي التي تقدمت في قوله وبني التملك يحصل الضمان وقد استوفينا فيها الكلام والظاهر ان هذا منه رجوع عن الجزم الى التردد وقال في جامع المقاصد كأن المصنف حاول في الاول بيان ان الملك للملتقط يثبت مستقراً ثم اظهر التردد في ان العوض متى يلزمه اذ لا شبهة في ان المالك له استحقاق في ماله اذا علم (قلت) هذا يخالف صريح كلام المصنف اولاً وثانياً (قوله) ﴿والفائدة وجوب عزلها من تركته واستحقاق الزكاة بسبب الغرم ووجوب الوصية بها ومنع وجوب الخمس بسبب الدين على التقدير الثاني﴾ قد تقدم ان تملك اللقطة وتمليكها للمولى عليه ليس استقراضاً ولا جارية مجراه فهذه الفائدة لا تأتي على مذهب اصحابنا (قوله) ﴿وتملك العروض كالاثنان﴾ اجماعاً كما في التذكرة وعليه ينطبق اجماع الغنية وهو قول جمهور العامة ايضاً وعن احمد روايتان هذا اظهرهما عنده والثانية وعليها اكثر اصحابه ان العروض لا تملك بالتعريف واختلفوا فيما يصنع بها وهو غلط قطعاً اذ الاخبار من الطرفين به متضادة كاخبار الشاة والحي والشظا والسفرة مضافاً الى اطلاعات الاخبار الاخر وفناوى الاصحاب (قوله) ﴿ولا يجوز التملك الا بعد التعريف وان بقيت في يده احوالاً﴾ قد تقدم الكلام في آخر الفصل الثاني (قوله) ﴿ويكفي تعريف العبد في تملك مولاه لو اراده﴾ قد تقدم الكلام فيه غير مرة (قوله) ﴿وما يوجد في الفاويز او في خربة قد باد اهلها فهو لواجده من غير تعريف ان لم يكن عليه اثر الاسلام والا فللقطة على اشكال وكذا المدفون في ارض لا مالك لها﴾ اول من تعرض لذلك الصدوق في المنع وقد اختلفت كلماتهم في هذه الفروع الثلاثة (قال) في المنع وان وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لاهلها وان كانت خراباً فهي لك (وقال) في النهاية اللقطة على ضربين ضرب منها يجوز اخذه ولا يكون على من اخذه ضمانه ولا تعريفه وهو كل ما كان دون الدرهم او يكون ما يجده في موضع خرب قد باد اهله واستنكر رسمه وبذلك عبر في السرائر حرفاً وحرفاً ونحو ذلك ما في التحرير وظاهره عدم الفرق بين ان يكون عليه اثر الاسلام او لم يكن والى ذلك اشار بقوله في الغنية وكذا ان وجد فيما لا يعرف له مالك من الديار لدراسة ونحوه ما في فقه الراوندي وما يوجد في موضع خرب مدفوناً لا من اثر اهل الزمان ووافقه على ذلك الحق في الشرائع والنافع والمصنف في التبصرة والشهيدان في الدروس والمسالك والكاشاني والغراساني

وشيننا صاحب الرياض وزادوا عليهم ما عدى الشهيد ما يوجد في المفاوز وما يوجد مدفوناً في ارض لا مالك لها مطلقين فيهما ايضاً غير فارقين بين وجود اثر الاسلام وعدمه بل هو صريح بعضهم وقد نسب في الكفاية الى المشهور وظاهر الرياض او صريحه نسبة ذلك كله الى النهاية والسرائر ولم يزد الشهيد في الدروس الا الثاني ولم يتعرض للمفاوز اسلاً ولعله لان الموجود في النص الحربة كما ستسمع او لان الحربة تشمل المفازة كما مر عن الصحاح والقاموس في بيان العمران والمفازة فلعل من الحق بها المفاوز نظر الى ذلك او الى ان العلة انما هي كونها خربة ولا اهل فيها فكانت المفاوز اولى لان الحربة كانت معمورة مسكونة في بعض الازمان القريبة ثم انجلي عنها اهلها والمفاوز قد انجلي عنها اهلها من مدة قرون ماضية كما دلت عليه الاخبار او هي على الدوام بلا اهل فكانت خربة وريادة كما في مجمع الرهان وغيره ويستفاد من تقييد الموجود في الارض التي لا مالك لها بالمدفون عدم اشتراطه في الاولين بل يملك ما يوجد فيهما مطلقاً عملاً باطلاق النص فتأمل جيداً (وفصل) في المبسوط فيما حكى عنه فقال ان كان مدفوناً عليه سكة الاسلام فلقطة والا اخرج خمسة والباقي له (واستحسنه) في المختلف وحكاه عن المبسوط في الايضاح فيما يوجد في الحربة وفواه وحكى التقييد المذكور في التنقيح عن المبسوط في المفازة والحربة والمدفون في الارض التي لا مالك لها بمعنى ان لقطة هذه الثلاثة تملك من غير تعريف اذا لم يكن عليها اثر الاسلام والا وجب التعريف وهذا خيرة التذكرة وشرح الارشاد لفخر الاسلام والمقتصر واللمعة وحامع المقاصد وفي التنقيح ان عليه الفتوى وفي جامع المقاصد والروضة انه انهر لكن الموجود في المبسوط بعد ملاحظته في الباب مراراً متعددة وان وجده في طريق موات وكانت ضرب الجاهلية فان كان على وجه الارض يكون لقطة وان كان مدفوناً في ارض ميتة فلا يحل من تشة اقسام (احدها) ان يكون ضرب الاسلام (والثاني) ان يكون ضرب الجاهلية (والثالث) ما لا يعرف هل هو من ضرب الاسلام او من ضرب الجاهلية فانه يحكم له بحكم الركاز فخمسة لاهله والباقي لواجده والظاهر ان هناك سقطاً وقال في الارشاد مدفون في الارض التي لا مالك لها او المفاوز او الحربة فهو لواجده فقصر الحكم في الثلثة على المدفون من غير تقييد واقتصر في التحرير في موضع آخر على الاول قال من وجد مالاً مدفوناً في ارض لا مالك لها فهو له ويخرج خمسة ان لم يخصب ونحوه ما في المراسم والوسيلة وفنه الراوندي وقد سمعت كلامه في الوسيلة ولا ترجيح في الروضة كما ان المصنف هنا استشكل فكان الاصحاب في المقام على النجاء متعددة (وليعلم) ان المستفاد من اخبار الباب وكلام الاصحاب ان هذا الحكم اسماء هو فيما ليس له مالك موهود يرجى الوصول اليه ولا كذلك غيره من اللقطة فان له مالاً بالفعل موجوداً غير مأبوس منه لغيره غير معين وهنا لا مالك لها لا معيناً ولا غير معين وان كان فأيوس من معرفته (اما) استفادة ذلك من الاخبار فاجاب بان الباب هي (صحيحة) محمد بن مسلم عن بي عبدالله عليه السلام قال سألت عن الدار يوجد فيها الورق فقال ان كانت معمورة فيها اهلها فهو لم وان كانت خربة قد جلى اهلها فالذي وجد المال احق به (صحيحة) الاخرى ايضاً عن احدهما عليهما السلام قال وسألت عن الورق يوجد في دار فقال ان كانت الدار معمورة فهي لاهلها وان كانت خربة فانت احق (والموتى) قضى على عليه السلام في رجل وجد ورقاً في خربة ان يعرفها فان وجد من يعرفها والا تمتع بها (والموتى) في الفقيه وان وجدت لقطة في دار وكانت عامرة فهي لاهلها وان كانت خراباً فهي لمن وجدها (وموثقه) اسحق بن عمار قال سألت ابا ابراهيم عن رجل نزل في بعض بيوت مكة فوجد فيها نحواً من سبعين درهماً مدفوناً فلم يزل معه حتى قدم الكوفة كيف يصنع قال فليسل عنها اهل المنزل لعلمهم يعرفونها قلت فان لم يعرفوها قال يتصدق بها ولا ريب ان المراد بالخربة ما جلى عنها اهلها واستنكر رسمها ولم يعلم لها مالك والا فلو علم ان لها مالاً وجب ان يعرف وهذا الورق الذي يوجد في هذا المكان ليس له مالك بالفعل كالذي يحده الناس في الكوفة والمدائن وما خرب من سر من رأى فالظاهر انه المال الذي هلك صاحبه وباد او انجلي عن جميع تلك البلاد ولهذا اشتراطوا جميعاً كونه في خربة ويرشد الى ذلك قول ابي العباس في

المهذب والمقدس الاردبيلي ان المأخوذ من المفاوز يؤخذ فيه اليأس من المالك بل في جمع البرهان ان هذا الشرط من المعلوم ويشهد على ذلك ان الاصحاب فهموا منها ذلك لانهم الحقوا بها القلاة والبرية والمفازة لانها خربة وزيادة كما مر والحقوا بها المدفون تحت الارض التي لا مالك لها سواء كانت في الصحراوات او القلاة لاشتراك الجميع في عدم المالك بالفعل او اليأس منه ولولا انه فهموا منها ذلك لما صح الاحتياق لبعدها بين الخربة والقلاة وجعلوها ما يوجد على وجه الارض التي لا مالك لها في الصحراوات لقطة لان مثل ذلك له مالك بالفعل لكنه غير معين فاشتروا في هذا الدفن دون الاولين وقد وصفت الخربة في النهاية والسرائر والتحرير بكونها قد باد اهلها واستنكر رسمها ونحو ذلك الصحيح وقد سمعت ما في الفنية وفقه الراوندي وليس هو الا لان ما يوجد فيها حيث تكون كذلك لا مالك له بالفعل او مأبوس من الوصول اليه ولذلك اشترط في المبسوط وما وافقه في كونه لو اجدته ان لا يكون عليه اثر الاسلام وقالوا لو كان عليه اثر الاسلام كان لقطة ووجهه انه حيث يكون عليه اثر الاسلام يكون له مالك بالفعل لكنه غير معين فيجب تعريضه واما اذا لم يكن عليه اثر الاسلام فانه يعرف انه لا مالك له بالفعل كما هو الغالب المشاهد في الاخير بل لعل اثر الاسلام في كلامهم كناية عن وجود مالك بالفعل وعدم اثره عبارة عن عدمه او اليأس منه فلو وجد شيئاً او ثوباً او قباً ونحو ذلك في الخربة او القلاة وجب تعريضه لكن هذا انما يلائم ما حكوه عن المبسوط مختارين له من دون ذكر توجيهه (واما) من وجهه بان سبق اثر الاسلام يدل على سبق ملك المسلم فتوجيهه على ما فهمناه ان سبق يد المسلم يقضي بان له مالكا بالفعل غير معين ويرشد الى ذلك انه اجاب في التذكرة عن الموثقة بجعلها على ما اذا كان على الورق اثر الاسلام او على ان المالك معروف ومراده ان لما مالكا معروفاً لكنه غير معين ولا يمكن ان يريد المعروف المعين لانها حيثئذ لا تحتاج الى التعريف مع انه عليه السلام قضى انه يعرفها كما هو واضح ظاهر والغرض الآن بيان المراد من كلام الاصحاب سواء كان هذا التفصيل صحيحاً او لا ويرشد الى ذلك ايضاً قولهم لو التقطه في الصحراء عرفه في اي بلد شاء كما تقدم الكلام فيه مستوفى وقد قلنا هناك ان مرادهم انه التقط فيها ما يعلم او يظن ان له مالكا بالفعل لكنه غير معين والا لاشكل الجمع بل لا يمكن الجمع اذ الصحراء والقلاة والمفازة والبرية والتفرع هنا بمعنى كما تقدم بيانه بل قد عبر في النافع وكذا التقيح بالقلاة هنا بدل المفاوز ويرشد الى ذلك ايضاً ان الشيخ في المبسوط على ما وجدناه فيه وصاحب الوسيلة والراوندي والمصنف في الارشاد والتحرير قصروا الحكم على المدفون لانه ابعد عن احتمال شبهة وجود المالك بالفعل بل قد صرح في المبسوط بان ما كان على وجه الارض الموات مفروباً بسكة الجاهلية لقطة كما سمعت (وليعلم) ان احداً من الاصحاب لم يقصر الحكم على الدار ولا على الورق كما في الاخبار بل فهموا العمومات (العموم خ ل) وعدم الفرق وفي جمع البرهان كأن عدم الفرق بالاجماع هذا تمام كلام الاصحاب في المقام وياقي الكلام في الادلة (واما) كلامهم في باب الخمس فظاهر الدروس الاجماع على ان المدفون في دار الاسلام في ارض موات لا مالك لها لقطة لو كان عليه اثر الاسلام حيث اقتصر على نسبة الخلاف الى الخلاف وفي المدارك والكفاية والمفاتيح نسبت الى اكثر المتأخرين وبه صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والكتاب والايضاح والمسالك والروضة مستندين في ذلك الى الموثقة والى انه مال ضائع عليه اثر ملك انسان ووجد في دار الاسلام فيكون لقطة كغيره والى ان اثر الاسلام يدل على سبق يد المسلم والاصل بقاء ملكه وهذا الاخير هو عمدة ادلتهم ولا يخفى عليك اختلاف كلام المحقق والمصنف والشهيد في البابين (ويحاج) عما احتجوا به بان الرواية غير دالة على هذا التفصيل والجمع بينها وبين الصحيحين غير متصور في هذا التفصيل الذي لا شاهد عليه بل ولو ضمنا الى اثر الاسلام كونه في بلاد الاسلام لانه يمكن بما حكينا عن التذكرة من ثاني الوجهين او يحمل الصحيحين على الاستحقات بعد التعريف هذا كله بعد فرض التكافؤ على انه قد قيل انها اي الموثقة قضية في عين وليس كذلك لعدم وجود معيارها فيها لا كما في الرياض وما اعترض به على الجمع فيه اي الرياض

باستلزام حمل الصحيحين على الفرد النادر اذ الغالب في بلاد الاسلام التي هي مورد هما اي الصحيحين كون الدرهم والدنانير مسكوكة بسكة الاسلام فمدفوع بان الغالب فيما يوجد في الثلاثة عدم كونه مسكوكا بها كما هو مشاهد فيما يلتقطه الناس من الكوفة والشامات بل في زمن ورودهما كاد ينحصر ما يوجد في الخرابات في غير مضروب الاسلام كما هو واضح (ويحاج عن اثباتي) بان المتبادر من اللقطة المأل الضائع على غير هذا الوجه واطلاقها على المال المكتوز اول ممنوع على انه يلزم من ذلك عدم الفرق بين ما عليه اثر الاسلام وغيره (وعن الثالث) بان وجود اثر الاسلام لا يقتضي جريان ملك المسلم عليه اذ يمكن صدور الاثر من غير المسلم ليعامل به المسلمون او نحو ذلك كما اعترفوا في الموجود في دار الحرب فانهم قالوا انه لو اجدته وان كان عليه اثر الاسلام ولا نعلم احداً يشترط في اللقطة ان تكون ملكاً لمسلم بل هي المال الضائع لمسلم او ذمي او معاهد ثم انه ليس كل مال علم انه مسلم يكون لقطة هذا المال المجهول المالك لا يعرف بل يتصدق به عند اليأس من صاحبه فتأمل (ثم انه) من المعلوم بحسب العادة والقرائن انا اذا وجدناه في خربة مثل الكوفة نحكم بانه مما خرج عن ملك اول من وصل اليه فتأمل وايضاً لا يخفى كونه مسلم في كونه مسكوكاً بسكة الاسلام الا ان نقول ان ذلك على طريق المثال فينبغي ان يكون مطمح نظرهم الى ما ذكرناه من ان المدار في اللقطة على مال له مالك بالفعل لكنه غير معين وغير مأبوس من معرفته والمدار فيما نحن فيه على اليأس من ذلك ووضح طرق اليأس كونه غير مسكوك بسكة الاسلام لكنه مطرد لا يخلف في المسكوك بسكة عادية ونحوها من ضروب الجاهلية والافاداتهم كما رأيت مع ذهاب معظمهم الى ذلك وقد سمعت ما في الدروس من ظهور دعوى الاجماع او الايدان به ويمكن ان يستدل لم باطلاق الصحيح الثاني من ترك الاستفصال عن الرجل يصيب درهما او ثوباً او دابة كيف يصنع قال برقه سنة فان لم تعرف حفظها في عرض ماله حتى يجي طلبها قيعطيا اياه وان مات اوصى بها وهو لها ضامن اذ لا تفصيل فيه بين كون الدرهم في الفلاة او العمران (فان قلت) ولا تفصيل فيه بين كونه عليه اثر الاسلام اولاً (قلت) اصحاب القول الآخر على ما فهم جماعة من مشائخنا المعاصرين يقولون انه لو اجدته من دون تعريف سواء كان عليه اثر الاسلام او لم يكن درهما كان او ثوباً فكان باطلاقة حجة عليهم في اطلاقهم والمخالف في باب الخمس الشيخ في الخلاف وابن ادریس في السرائر وابن زهرة في الغنية حيث لم يفصلوا وقد يظهر ذلك من النهاية والوسيلة لكنه قال في الغنية فيما اذا كان المدفون في ملك مسلم او ذمي ولم يعرفه انه يكون لقطة اذا كان عليه سكة الاسلام (وكيف كان) فقد استدلل الشيخ في النهاية وابن ادریس والمحقق ومن وافقهم في النقام والشيخ في الخلاف ومن وافقه في باب الخمس بالصحيحين وورودهما في الورق والدار لا يقضي بالاخصاص حتى تكفي اخص من المدعى لعدم القائل بالفصل وقد سمعت ما في مجمع البرهان (ثم) ان ذلك يتلزم ثبوت الحكم في المفازة والمدفون تحت الارض بالاولوية كما سمعته وقد عرفت الحال في ادلة المبسوط وما وافقه في البابين والاجماع الظاهر من الدروس لم تفتقه وظهور الاجماع ليس باجماع يحصل من ذلك بل ما فهمه بعض من عامه من انه ان كل ما يوجد في المفاوز والخرائب او كان مدفوناً في ارض غير مملوكة من درهم ودينار وسيف وكتاب وثوب ونحو ذلك فهو لو اجدته من دون تعريف كما هو الشك فيما يوجد في جوف الدابة من درهم او دنانير او جوهرة او غير ذلك كما هو نص الصحيح الوارد فيه وعليه فيه المعظم ولا فرق بين بطن الدابة والارض مع ان الوارد فيما نحن فيه صحيحان مع حكاية الشهرة في الكفاية مضافاً الى انه لا يصدق على المدفون في بطن الارض انه لقطة فلا معنى لتعريفه وان وجد عليه اثر الاسلام (وفيه اولاً) انك قد عرفت ما هو المستفاد من اخبار الباب وكلمات الاصحاب المطلقين المفصلين (وثانياً) انك عرفت ايضاً انه معارض بقولهم ولو التقطه في الصحراء عرفه في اي بلد شاء من دون نقل خلاف ويقولون ان مالا بقاء له مما يلتقط في الطريق انه يتخير بين البيع وتعريف الثمن وبين التقويم والتملك والتعريف حولاً وقد تقدم ان ظاهر التذكرة الاجماع عليه وقولهم

ولو كان لها مالك فهو له ولو انتقلت عنه بالبيع اليه عرفه نائب عرفه فهو احق به والا فهو لواجده « متن »

فيا نقل قيمته. وتكثر منفعة انه اذا بلغ الدرهم انه يصرف كالادوية والقرية والنسلين ولا يمكن الجمع الا بما فهمناه او بالفرق بين المغازاة والصحراء والبرية والفلاة وقد عرفت انه مما لا يصح اليه (وثالثاً) انه كما يستفاد من اخبار اللقطة انها المال الضائع كذلك يستفاد منها المال الذي له مالك بالفعل موجود ولكنه غير معين فحق وجد هذا وجب التعريف الا ان يحصل اليأس كما قدمنا والفارق بين بطن الدابة وبطن الارض هو النص الصحيح الصريح السالم عن كل ما ورد على الصحيحين فيما نحن فيه على ان جماعة مخالفون فيما في جوف الدابة كما ستعرف على ان المناسب للتظهير لما نحن فيه بالدابة الغير المملوكة كالذي يوجد في بطن السبع والغزال وهم يقولون بتعريفه اذا كان عليه اثر الاسلام وشبهة الكفاية هنا معارضة بشهرتها في باب الخمس مع زيادة المدارك والمفاتيح وبما تؤذن به عبارة الدروس من دعوى الاجماع وهذا من باب التزول والتسليم والمباشرة لبعض مشائخنا المعاصرين كما عرفت والا فقد عرفت ان المطلقين انما يريدون به ما قدمناه من انه المال الذي لا مالك له بالفعل يرجى وصوله اليه والمدار عندهم على العلم او الظن بذلك الجاري في العرف مجراه سواء كان عليه اثر الاسلام اولا والمفصلون يقولون انا لا نعلم ذلك اولا فنظنه الا بعدم وجود اثر الاسلام كما ان الشرط في ذلك ان يكون في خربة او مفازة او مدفوناً لكن الظاهر ان ذكر الخربة والمفازة والدفن في الاخبار وكلام الاصحاب وذكر عدم اثر الاسلام في كلام من عرفت انما هو لبيان ما يتحقق به اليأس من المالك وعدم الظفر به فلو حصل اليأس بغير ذلك كان الحكم كذلك كما اذا وجده في جوف بحر او نهر عظيم كما صرح به في المراسم وكما اذا قطع صاحب الفندق بان هذا المال للزوار الذين لا يعرفهم ولا يعرف بلادهم وقطع بانهم لا يرجى عودهم نعم ان حصل اليأس من عدم التعريف لعذر او لغير عذر كان بقيت عنده احوالاً من دون تعريف حتى حصل له القطع باليأس من المالك كان بالخيار بين ان يتصدق بها كمال المجهول وان شاء عرفها وتملكها وان كان التعريف لا يجدي لياسه من المالك كما انه لو عرفها كان له ان يملكها وان لم يأس من المالك عملاً في الامرين باطلاق النصوص والفتاوى كما تقدم ولا كذلك المال المجهول المالك فانه ان يش من ماله تصدق به في الحال وان لم يأس منه لا يجوز له التصديق به وان بقي مائة عام ولا يجوز له تملكه في حال وقد عرفت جميع موضوعاته في باب الوديعة بما لا مزيد عليه وحاصله انه المال الغير الضائع الذي وصل اليك من ماله بلا واسطة او بواسطة (قوله) « وان كان لها مالك فهو له » قضاء ليلد لانه قد يكون هو الذي دفعه قال في الخلاف اذا وجد ركازاً في دار ملك لمسلم او ذي في دار الاسلام لا يتعرض له اجماعاً ولعل معناه انا ليس علينا ان نسأله عن ذلك ولا عن السبب الذي ملكها به اهو الاحياء حتى يكون كالموجود في المباح او الاقبايع حتى نوجب عليه تعريف البائع ان لم يكن دخل الكنز في المبيع بل يجب على الواجد ان كان مستعيراً او مستأجراً او نحو ذلك ان يعرفه فان عرفه فهو له والا يعرفه فهو للواجد كما نص عليه في الوسيلة والسرائر والشرائع والنافع والتبصرة والمعة والتنقيح والمسالك والروضة وخمس الكتاب والتذكرة وقد سمعت ما في المقنع وقال في خمس التحرير ان وجده في ارض مملوكة لمسلم او معاهد فهو لصاحبها ان اعترف به والا فلاول مالك وان لم يعرفه ففي تملك الواجد اشكال وفي الغنية ان وجد مدفوناً في ملك مسلم او ذي وجب تعريفه فان عرفه اخذه وان لم يعرفه وكان عليه سكة الاسلام فهو بمنزلة اللقطة وان لم يكن كذلك كان بعد اخراج الخمس لمن وجده بدليل الاجماع والكلام انما هو في المدفون وستسمع ما في النافع ونظام الكلام في المسألة الآتية (قوله) « ولو انتقلت عنه بالبيع عرفه نائب عرفه فهو احق به والا فهو لواجده » كما صرح بذلك كله في المقنعة والنهاية والمراسم والشرائع والنافع والتحرير في الباب وفي الرياض انه لا يبعد

وكذا التفصيل لو وجد في جوف دابة اما لو وجد في جوف سمكة فهو لواجد « متن »

كما عرفت ووجوب التبع خيرة التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية بعض ذكره في الباب وبعض في الخمس قالوا فيجب عليه تعريف كل من جرت يده على المبيع مقدماً الاقرب فالاقرب ولعل المراد بالبائع في كلام من اطلق الجنس ليشمل القريب والبعيد وهل يجب (يجري خ ل) ذلك في المستأجر والمستعير احتمالان (قوله) وكذا التفصيل لو وجد في جوف دابة يعني انه يعرفه البائع فان عرفه فهو احق به والا فللواجد كما هو المحكي عن علي بن بابويه والقاضي وهو خيرة المقنع والمنفعة والنهاية والمراسم والوسيلة والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة واللمعة والتنقيح والمفاتيح وكذا المسالك بعض ذكره في الباب وبعض في باب الخمس ونسب في التذكرة الى علمائنا انه يجب عليه تعريف البائع فان عرفه والا فهو للواجد وفي المذهب البارع والمقتصر يجب على المشتري تعريف البائع اجماعاً وفي الروضة ان ظاهر الفتوى والنص عدم الفرق بين ما عليه اثر الاسلام وغيره وفي المدارك اطلق الاصحاب من غير فرق بين ما عليه اثر الاسلام وغيره بل الظاهر ان يكون ادراهم في ذلك الوقت مسكوكة بسكة الاسلام وفي جامع المقاصد ينبغي ان يقال مع وجود اثر الاسلام يكون لقطة لكن الصحيحة على خلافه وهذا التقييد قد يظهر من خمس الشرائع وهو خيرة المختلف والمسالك في الخمس والروضة في البابين بل نفي البعد في المختلف في آخر كلامه عن القول بوجوب التعريف لما يجده في بطن الدابة مطلقاً سواء كان عليه اثر الاسلام ام لا وهو الذي استقر عليه رآيه في جامع المقاصد ذكره في مسألة السمكة وقال انه هو الذي يقتضيه النظر ولعله لا وجه لذلك كله بعد تطابق الفتاوى والنص الصحيح على الاطلاق (فني) صحيحة عبدالله بن جعفر قال كتبت الى الرجل اسأله عن رجل اشترى جزوراً او بقرة للاضاحي فلما ذبحها وجد في جوفها صرة فيها دراهم او دنانير او جوهراً لمن يكون ذلك قال فوقع عليه السلام عرفها البائع فان لم يكن يعرفها فالشيء لك رزقك الله اياه ويستفاد منها ايضاً انه لا يجب تتبع من جرت يده على الدابة من الملاك وهو كذلك اذ من الجائز عدم جريان ذي الملك المتقدم على هذا الموجود بل لو علم تأخر ابتلاع الدابة لما وجد في جوفها عن البيع لم يبعد سقوط تعريف البائع وفي جامع المقاصد انه يعرفه البائع فان عرفه فهو له والا فمن قبله والوجه في وجوب تعريف البائع سبق يده وظهور كونه من ماله دخل في علفها لبعده وجوده في الصحراء واعتلافه والمراد بالدابة في كلامهم الاهلية الملوكة بالاصل ففارت السمكة قال في المختلف ولما كانت الاحكام الشرعية غالباً منوطة بالغالب دون النادر وكان الغالب فيما يتبعه الدابة انه من دار البائع وفيما يتبعه السمكة من البحر اوجب الشارع التعريف للاول دون الثاني حتى انا لو عرفنا تضاد الحال في البابين حكماً بضد الحكمين وهي اعم من ان تكون فرساً او غيرها وان كانت في عرفهم تنصرف الى الفرس لان ذلك قضية كلامهم ودليلهم وقد سعى القلم في جامع المقاصد فأثبت علي بن جعفر مكان عبدالله بن جعفر الحميري وتبعه على ذلك الشهيد الثاني في الروضة وموضعين من المسالك (ومن الغريب) ما في المذهب البارع فانه ذكر بعد ما نقلناه عنه آتفاً تذكيراً سماه تحصيلاً قال اذا وجد شيئاً في جوف دابة فان كان عليه اثر الاسلام فهو لقطة قاله الشيخ في المبسوط وهو مذهب الاكثر وفي النهاية اطلق القول بتملك المشتري له مع عدم معرفة البائع وتبعه ابن اريس وان لم يكن عليه اثر الاسلام وعرفه البائع فهو احق به وان لم يعرفه ملكه الواجد وعليه الاصحاب انتهى وانت قد عرفت كلام الاصحاب جميعاً (قوله) اما لو وجد في جوف سمكة فهو لواجد وكذا اطلق الاصحاب كما في التذكرة وجامع المقاصد وكذا الكفاية وستسمع ما في المذهب البارع والمقتصر والتنقيح وبه صرح في المنفعة والنهاية والوسيلة والشرائع في موضعين منها وكشف الرموز والكتاب والارشاد في الخمس والتحرير في موضع منه والايضاح واللمعة وهو المحكي عن

القاضي وقال في الرابض عليه المتأخرون قطة وستسمع كلام باقي المتأخرين وفي التنقيح ان الفتوى على ما ذكره الشيخان بتفصيل تسمعه وقال في المراسم ان ما يوجد في بطون ما يذبح للاكل والسموك ان انتقل اليه عبرات او من بحر وماء اخرج خمسة والباقي منكم فان انتقل اليه بالتسراء عرف ذلك البائع فان عرفه ردة اليه والا اخرج خمسة والباقي له وقال في السرائر لا فرق بين الحيوان المذبوح والسمكة اذا وجد في جوفها شيئاً في انه يجب تعريفه للبائع قل عن الدرهم او اكثر فان عرفه والا اخرج خمسة وكان له الباقي لان البائع باع هذه الاشياء ولم يبع ما وجده المشتري فلذلك وجب تعريف البائع والذي حققه في المختلف ان الموجود اما ان يكون عليه اثر الاسلام او لا فان كان وجب تعريفه من البائع وغيره لسبق ملك الله له عليه ويكون حكمه حكم اللقطة لانه مال مسلم ضائع فوجب التعريف حولاً اذا الحيوان هناك لانه وان لم يكن عليه اثره فليس يبعد من الصواب القول بوجود التعريف ما يحده في بطن السمكة مما ليس اصله البحر اما اذا كان اصله البحر فلا وقد اختاره في كتابه ابو العباس ونفى عنه في التذكرة الباس لكن قل ما كان اصله البحر للصيد وقضيته ان المشتري يعرفه البائع وقال في المذهب ان المستند اجماعاً ثلثاً واطلاقاً سراً لا يحمل على التفصيل ولا عبرة بندور ابن ادريس وقال في موضع آخر من التحرير لو اصطفا سمكة فوجد فيها دابة نعي له فان باعها الصياد ولم يعلم فيه قولان احدهما انه يعرفها البائع فان طلبها كان له اخذها وهو الوجه الثاني والثاني للمشتري وكذا لو وجد في جوفها عنبرة او شيئاً مما يخلق في البحر ولو وجد دراهم او دينار فالوجه انها لقطة فان وجدها الصياد لزمه التعريف وان وجدها المشتري فعليه التعريف ثم قال واطلق ثلثاً القول في ذلك فاجابوا تعريف البائع فان عرفها فهي له والا اخرج خمسة وحل له الباقي انتهى وقد عرفت ما اطلقه ثلثاً وفصل في التنقيح بان ما عليه اثر الاسلام في بطن السمكة يجب تعريفه وما ليس عليه اثره فان اشترطنا في تملك المباحات النية فهو للواجد وان لم يشترط نظرنا في الغالب من حال الحيوان والغالب ان الدابة تعلم من اثار البائع والسمكة من البحر وقد ينمكس لكنه نادر ثم قل فالفتوى اذن على ما ذكره الشيخان وقال في جامع المقاصد ان الذي يقتضيه النظر ان ما في جوف السمكة المأخوذة من غير المياه المحصورة وليس عليه اثر ملك مالك للواجد على ظاهر مذهب الاصحاب وما عداه لقطة وهذا خيرة الروضة وخمس المالك وظاهر النافع والقطة المسالك التردد ولا ريب ان اطلاق الحكم في السمكة مبني على الاحل والغالب فيها من كونه مباحة بالاصل مملوكة بالاصطلاح فيندفع اعتراض جامع المقاصد عن العبارة فلو كانت مملوكة كما لو وجدت في ماء محصور مملوك فحكمها حكم الدابة كما ان الدابة لو كانت مباحة بالاصل فحكمها حكم السمكة فاطلاق الحكم بينهما مبني على الغالب من اتفاقا الى قرينة مستند الحكم فيها وقد سمعت ما في المختلف ولما كان ملك المباحات متوقفاً على الحيابة والنية المتوقفة الى العلم بالتملك لم يتوجه ملك العياد في غلبتها من المال لعدم شعوره به فكأن لو احده (و يدل) ان توقف ملك المباحات على النية ما استفاض من النصوص المتروكة فيها كفي قصص الانبياء والا مالم يفسر مولانا العسكري عليه السلام والكافي حيث تضمنت تقريرهم عليهم السلام جماعة كثيرين في تعريفهم فيما وجده في جوفها بعد الشراء من دون تعريف مع اشتغالها الى المعجز واسانيدها وتجربها لثبوت بعضها لاجماع الظاهر من المختلف وكذا التذكرة قال في المختلف ان اصحابنا لما لم يفتوا بامتلاك البائع مع عدم معرفة ما في جوفها دل على بطلان القول بعدم اشتراط النية في تملك المباحات وعلى اشتراطها في تملكها وهذه هي الدقيقة التي اشار اليها المصنف بقوله وتختص بدقة واحتمل في جامع المقاصد ان ذلك لا يعد حيازة لان حيازة الشيء اخذه وحفظه والاختصاص به ولا يكون ذلك الامع العلم (وفيه) ان اشتراط العلم غير واضح لان مرجع الحيابة الى الاستيلاء ووضع اليد فاعتبار امر آخر لا دليل عليه والمسألة موضع تردد للمصنف في كتاب الشركة من الكتاب والتقرير والتحقيق في كتاب شركة الشرائع واختلف كلام المبسوط في مواضع حكم بالتوقف على النية وعكس في مواضع كما يأتي بيانه في كتاب الشركة وخيرة شركة الابضاح والمسالك التوقف على النية وهناك قول ثالث وهو الاكتفاء بالحيابة مع عدم

وتحتته قينة ولو وجد في صدوقه او اراه مالا ولا يعرفه فهو له ان لم يشاركه في الدخول غيره
والا فلقطة ولو دفع اللقطة الى الحاكم فباعها رد الثمن على المالك فان لم يعرف بعد الحول ردها
على المنتظ لان له التملك والصدقة « متن »

نية عد انتملك وهو خيرة شركة جامع المقاصد (وكيف كان) فالتول بالتوقف هو الصحيح لما سمعت مضافاً
الى ان الاصل عدم الملك في المباح طرح عنه ما حصل بالحيازة والنية معا وبقي الباقي وقفاً الكلام في باب
الشركة ما دكرناه هناك ادلهم جميعاً وبيننا الحال فيها وفيما ذكرنا بلاغ واما حديث اثر الاسلام وعنده
فقد سرت ان المدار فيه على اليأس من المالك وعنده (قوله) ﴿ وتحتته قينة ﴾ وهي ان تملك
المباحات يوجب الى نية والا اكانت للعباد كما زعم (قوله) ﴿ ولو وجد في صدوقه او داره مالا ولا
يعرفه ﴾ له ان لم يشاركه في الدخول غيره والا فلقطة ﴿ كما في النهاية والتمنع والتذكرة والتحرير
والارشاد والدروس والتمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع الرهان والكفاية والمفاتيح وقد نسبته في
جامع المقاصد الى اطلاق الاصحاب وفي الرياض انه لم يظهر له في الحكم خلاف وفي جمع المقاصد ينبغي
ان يقيد بما اذا كان المشارك غير محصور مان كان محصوراً وجب تعريف المشارك خاصة لكن بشكل كونه
ملكاً له ان لم يعرفه مع كونه لا يعرفه ولذلك اطلق الاصحاب (قات) النص ورد في المشارك الكثير
منطوقاً ولا بد من مفهومه في الشق الثاني الا على انه ليس له اذا ادخل احد غيره بدله وهو كذلك وذلك لا بدل
على انه لا صلة والطلاق الاصحاب لا بد من تقييده في الشق الثاني (وبشكل) كونه لقطة من حوّه فيما اذا
كان المشارك واحداً لا غير والنص صحيح جميل صالح قال قلت لابي عبد الله عليه السلام رجل وجد في
بيته ديناراً قال بدخل مرله غيره قلت نعم كبير قال هذه لقطة قال فرحل وحده في صدوقه ديناراً ما
بدخل احد يده في صدوقه غيره او بضع فيه شيئاً قلت لا قال فهو له وقد احتمل وجوب تعريف المشارك
المحذور خاصة التهيد الثاني والكاشاني ونفى عنه البعد الحراساني واستحسنه شيخنا صاحب الرياض لانه بعدم
اعتماد المشارك بصير كانه لا مشارك له فيه ويمكن نزيل اطلاق النص والفتوى عليه اذا كان هو المالك
دون المشارك وكان بامباله عنه الى ان النص تضمن الكثير كما عرفت بل قد استظهر المقدس الاردبيلي
ان التعريف للمشارك ومن يحتمل كونه لم يوجب له الاعلام لا تعريف اللقطة وقد عرفت في النهاية والكفاية
بان حكمه حكم اللقطة فتأمل وقد اتفقت كلمتهم في التعبير بالدار والصدوق والموجود في الحبر البيت وكثيرهم
اشاروا بذلك الى عدم الاحتصاص وان الحكم حار في كل مشترك محتمل ومختص غير محتمل الا له وقد دل
الحبر الى حكم الدار المختص بالمفهوم والى المشترك بالمنطوق وفي الصدوق بالعكس وفي المسالك والكمية ان
ذلك اي كونه للواحد اذا لم يتطع بانتفائه عنه والا كان لقطة ونفى عنه اليأس في المفاتيح وفي الروضة ينبغي
ان يكون لقطة وفي مجمع الرهان انه يتبع قطعه (قلت) النص والفتوى مطلقان مع عدم صدق اللقطة على
مثله في الظاهر فلا يطلق مع الاطلاق اشد باصول الباب مع ان الاصل الدائنة من وجوب التعريف ولا
يتابع القطع لانه قد يعرض له النسيان حتى يقطع بانتفائه عنه وقد يكون مما بعث الله سبحانه وتعالى له فتأمل
وفي الروضة انه لا فرق في وجوب تعريف المشارك هنا بين ما نقص عن الدرهم وما زاد لاشتراكهم في اليد
بسبب التصرف قال ولا يفتقر مدعيه منهم الى البينة ولا الوصف لانه مال لا يدعيه احد ولو جهلوه جميعاً
فلم يعرفوا به ولم ينفوه فان كان الاشتراك في التصرف خاصة فهو للمالك منهم وان لم يكن فيهم مالك فهو للمالك
وان كان الاشتراك في الملك والتصرف منهم فيه سواء (قوله) ﴿ ولو دفع اللقطة الى الحاكم فباعها ﴾ ارد
التمن على المالك فان لم يعرف بعد الحول ردها على المنتظ لان له التملك والصدقة ﴿ قد عبر بمثل ذلك في
الشرائع وجامع المقاصد ولعل الضمير الموثق في كلامهم راجع الى القيمة وكان الاولى التذكير ليرجع الى

ولو مات الملتقط عرف الوارث حولاً وملكها. البحث فيه كالموروث ولو مات بعد الحول ونية التملك فهي موروثه ولو لم ينو كان للوارث التملك والحفظ « متن »

صاحبه ليعلم به. يأخذه وتارك هذا عالم به وراض ببذله عوضاً عما أخذه فصار كالبيع له أخذه بلسانه وهو واحد وجهي الخابله ولم آخران أحدهما الصدقة والثاني الدفع الى الحاكم لبيعها ويدفع ثمنها اليه عوضاً عن ماله وما قلناه اولى لانه ارفق بالناس لان فيه نفعاً لمن سرقت ثيابه لحصول عوضها له وللسارق بالتخفيف عنه من الاثم وحفظ هذه الثياب المتروكة من الضياع وقد ايجز لمن له على انسان حق من دين او غصب او غير ذلك ان يأخذ من مال من عليه الحق بقدر ما عليه اذا عجز عن استيفائه بغير ذلك انتهى وما حكيفاه عن ظاهر الدروس وصرح جامع المقاصد انفع وارفق لانه شامل لما اذا أخذه غلطاً او عمداً او نسياناً مساوياً كان المأخوذ للمتروك او اجود او اوردى مضافاً الى ما عرفت مما يرد عليه من ان الاخذ على جهة المقاصة لا يتوقف على رضى من عليه الحق فلا يحتاج الى شهادة الخال بقصد المعاوضة ثم انه من الممكن ان لا يرضى المأخوذ ماله بهذه المعاوضة لان المفروض ان ماله اجود فلم يكن له التصرف في هذه الا اذا رضى بهذه المعاوضة وما استشهد به من اباحة اخذ من له على انسان دين او حق انما ينطبق على ما في جامع المقاصد وقال في التذكرة وكذا التحرير ان وجد هناك قرينة تدل على اشتباه على الاخذ وانه انما اخذها ظناً بانها ثيابه بان تكون المتروكة خيراً من المأخوذة او مساوية لها وهي مما تشبه فيبغى ان يعرفها كما في التذكرة وعرفها كما في التحرير قال في التذكرة لان صاحبها لم يتركها عمداً فهي بمنزلة الضائعة منه (قلت) مقتضى كلامه في كتبه الثلاثة انه يعول على القرينة الدالة على ان الاخذ هو للمتروك ماله فاذا كان كذلك لم يخرج بالاشتباه عن كون اخذه عدواناً بغير حق فيكون غاصباً بالمعنى الاعم فيصح له التصرف مطلقاً مقاصداً ولا يكون لقطة كما قدمناه عن جامع المقاصد نعم ان جوزنا ان يكون الاخذ غير صاحب المتروك لقطة قطعاً كما تقدم ثم عد الى عبارة الكتاب وما كان مثلها فقول المصنف في كتبه والشهد لو وجد عوض ثيابه لا يريدان به العوض الحقيقي اذ لو تحقق كون مالكة قد عاوضه به جاز الاخذ وقولها لم يكن له اخذه وليس له اخذه انما يريدان به الاخذ على قصد المعاوضة اما اخذه لقطة فجائز عندهما فيجوز تعريفه ان كان درهماً فصاعداً فاذا عرفه تملكه ان شاء فان جاء المالك قاصه بماله وتراد الفضل ان اوجبنا العوض فرضي المالك بجعل ماله عوضاً والارتداد المالكين وكان للملتقط المطالبة بالاجرة والنقص دون الآخر فان باعه الملتقط بعد الحول ملك من ثمنه قدر قيمة ماله المأخوذ وكان الباقي لقطة يملكه ويغرم للمالك ان كان قد اتلف ماله ولو باع قبل الحول باذن الحاكم فالحكم فيه كذلك وان باع بدون اذنه لم يصح البيع ويأخذه صاحبه من المشتري ويلزم من شاء منهما بارش النقص واجرة الاستعمال وكان للملتقط ايضاً مطالبته بالاجرة والنقص ان كان ماله باقياً وبالقيمة والاجرة ان كان تالفاً وليلحظ ذلك (قوله) « ولو مات الملتقط عرف الوارث حولاً وملكها والبحث فيه كالموروث » بمعنى انه يضمن على الخلاف في وقته وبذلك صرح في التذكرة وكذا الدروس وهو قضية كلام التحرير ولو كان في الاثناء بنى كما في التذكرة والتحرير والدروس ولا يحتاج الى استثناء التعريف قال في التذكرة بخلاف الملتقط من الملتقط لانه يطلب المالك او الملتقط فاحتاج الى استثناء التعريف حولاً بخلاف الوارث فانه يطلب المالك لا غير انتهى فتأمل (قوله) « ولو مات بعد الحول ونية التملك فهي موروثه » كما في التذكرة والتحرير فان جاء صاحبها اخذها من الوارث وان كانت معدومة اخذت قيمتها او مثلها من التركة ان اتسعت فان ضاقت زاحم الغرماء (قوله) « ولو لم ينو كان للوارث التملك والحفظ » كما في التذكرة

ولو فقدت من التركة في اثناء الحول او بعده من غير نية التملك احتمل الرجوع في مال الميت وعدمه (الرابع الرد) ويجب مع قيام البينة ولا يكفي الواحد ولا الوصف وان ظن صدقه للطائفة فيه « متن »

واقصر في التحرير والدروس على ذكر التملك ولا يحتاج الى تعريف آخر (قوله) ولو فقدت من التركة في اثناء الحول او بعده احتمل الرجوع في مال الميت وعدمه ومثله ما في التذكرة من عدم الترجيح وحكم في التحرير بالرجوع ثم احتمل العدم وفي الايضاح وجامع المقاصد ان الاصح عده اخذتني من مال الميت لانها امانة والاصل براءة الذمة من وجوب البذل معتضداً بظاهر حال المسلم لان الظاهر انها تلفت من دون تفریط او انها دفعها الى اسنك والا لا قرأ بها عند الموت الى ان الوحو اياما هو متعلق بتسليم العين وذلك مع وجدانها اما البذل فلا يجب الا بالتلف مع التفریط وهو منتف بالاصل ووجه الاول عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم لي اليد ما اخذت والاصل بقاء العين فاذا تعذرت وجب المصير الى بدلها وهو ضعيف وقد قدم لنا ماله تقع في المقام عند قول المصنف في الوديعة ولو مات المستودع ولم توجد الوديعة في تركته ففيه والدين سواء على اشكال (قوله) الرابع الرد ويجب مع قيام البينة لا خلاف في وجوب الرد فيما يجب تعريفه وانما الخلاف في انه هل يجب رد العين مع بقائها وتملكها بعد التعريف ام لا بل يجوز رد العوض قولان اشهرهما كما في المسالك والكفاية الثاني وفي المسالك ايضا انه المشهور وهو خيرة الشرائع والكتابات فيما يأتي والتذكرة والارشاد والدروس وفي الايضاح في اثناء كلاءه له فيما يأتي على الظاهر وقد يشهد له الاجماع المحكي في الايضاح والتفصيل على عدم وجوب ردها اذا كانت دون الدرهم كما تقدم بيانه مفصلاً (ومحتشم) على ذلك انها قد صارت ملكاً للثقل فلا تنتقل عنه الا بوجه شرعي كالقرض اذ ليس المقرض بعد تملك المقرض الرجوع كما يرشد اليه قول الاكثر ونية التملك يحصل الضمان وان لم يطالب المالك كما تقدم بيانه محرراً ولعل شهرة المسالك مستنبطة من ذلك وظاهر النهاية والمبسوط والمراسم والسرائر بل والمقنعة والوسيلة انه يجب عليه رد العين وهو خيرة جامع المقاصد وجمع الرهان والكفاية لكن الظهور من كلام القدماء ليس بتلك المكانة اذ لعله ليس بمسوق لبيان ذلك ولذلك قال في الدروس انه قد يظهر من الروايات وكلام القدماء وفي المسالك انه (اي وجوب رد العين) لا يخلو من قرب وفيه وفي الروضة وجمع الرهان والكفاية انه ظاهر الاخبار (قلت) الاخبار التي قالوا ان ظاهرها ذلك هي صحيحة الحلبي تعرفها سنة فان جاء طالبها والا فهي كسبل مالك ونحوها صحيحة محمد وغيرها وليست تلك المكانة من الظهور لانها تختمل انه ان جاء قبل التملك فتأمل ولذلك قال الشهيد قد يظهر (واما) الرواية التي فيها وليكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوماً من الدرهم فادفعها اليه فهي عامية مرسلّة شاذة ولا ترجيح في التحرير (واما) وجوب الرد مع قيام البينة فما لم يختلف فيه اثنان وقد صرح به في الوسيلة واكثر ما تأخر عنه ويجب ايضاً بالنسبة اليه كما في المبسوط والوسيلة والدروس والروضة لكن في الوسيلة ان ادعاها احد استحقها بشاهدين او شاهد ويمين بعد ما وصفها بالوعاء والكواء والوزن والعدد والحلية فتأمل واما وجوبه مع العلم بكونها له فما لا ريب فيه ايضاً وقد نص عليه جماعة وان كان بغير طريق شرعي (قوله) ولا يكفي الواحد وان كان عدلاً (اي في وجوب الدفع وهذا ايضاً مما لا اجده فيه خلافاً واحتمل في التذكرة جواز الدفع اذا حصل الظن من قوله وقد اختاره الشهيدان والمحقق الثاني وهو متوجه لان قول العدل الموثوق به اقوى من الوصف (قوله) ولا الوصف وان ظن صدقه للطائفة فيه (اي لا يكفي الوصف في وجوب الدفع كما في المبسوط والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة والمسالك والروضة وجمع الرهان والرياض وعليه انعقد العمل كما في كشف الرموز لانه لم يثبت كبر الوصف حجة والواصف لها ما كلاً (قوله)

نعم يجوز فان امتنع لم يجبر عليه فلو دفع الى الواصف وظهرت اليه انتزعهما الغير فان تلفت رجع على من شاء ويستقر الضمان على الواصف الا ان يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لو رجع عليه المالك ولو اقام كل منهما بينة بعد الدفع الى الاول ولا ترجيح اقرع فان خرج الثاني انتزع من الاول « متن »

نعم يجوز فان امتنع لم يجبر عليه يجوز الدفع له بالوصف اذا ظن صدقه كما هو المشهور كما في جامع المقاصد والكفاية والاشهر كما في المسالك والروضة وعليه انعقد العمل واليه ذهب الجمهور الا اهل الظاهر فانهم يذهبون الى وجوب دفعها كما في كشف الرموز وبه صرح في المبسوط وسائر ما ذكر بعده في المسألة المتقدمة ما عدى الارشاد مع زيادة الخلاف والمختلف هنا لكن ظاهر اللزمة وكذا التقرير جواز الدفع بمطلق الوصف وان لم يظن صدقه فيجب تأويله وحمله على ما اذا ظن الصدق فتأمل وفيه النفع قيل يكفي الوصف في الامور الباطنة كالذهب والفضة وهو حسن وظاهره ان هذا القائل يقول انه يكفي في وجوب الدفع وكأنه قد استحسنه ايضا المقداد وابو العباس في التنقيح والمقتدر وكذا المذهب وبه في التنقيح الى المبسوط والخلاف ولعله عنه حكاه شيخنا صاحب الریاض وقال نفيذه كاذف الرموز لا اعرف منشأ هذا التفصيل ولا القائل به (قلت) ونحن كذلك وقال في السرائر الاتوى انه اذا لم يتم البينة لا يعطيه اياها سواء غلب على ظنه صدقه او لا (بدل) على ما عليه الاصحاب قول مولانا ابي الحسن الرضا عليه السلام في صحيحة الزنطي وان جاءك طالب لا تنبئه رده عليه والامر للندب او لرفع توهم الخطر كما هو ظاهر الاصحاب وهو يشمل شهادة العدل الواحد ايضا وتقرير الصادق عليه السلام دفع سعيد بن عمر والخثعمي الكيس الذي فيه سبع مائة دينار لمن اخبره بعلامته مضافا الى ما في المختلف وغيره من انه لو لا ذلك لافضى الى خفتها عن المالك وتسلمت غيره عليها اد من المستبعد اقامة البينات الى ما يستصعبه الانسان من امواله فاليجاب البينة سد لباب ان المالك لها وذلك ضد الحكم فوجب ان لا يكون متسروما لانتفاء الحكمة فيه وفي المختلف في المقام كلام نص في ان كل ظن يجوز العمل به للمجهد وغيره فليحط هذا ولو جاء مدع فادعاها ولم يبق بينة ولا وصفها لم يجز دفعها اليه وان غاب على الظن صدقه نص عليه في التذكرة (قوله) فلا دفع الواصف فظهرت البينة لغيره انتزعهما الغير لان البينة حجة شرعية بالملك والدفع بالوصف انما كان رخصة وبناء على الظاهر فان تعذر انتزعهما من الواصف ضمن الدافع لذي البينة المثل او القيمة لا تلاف لها بالدفع ولا تنافيه الرخصة له من التسرع لان غايتهما رفع الاثم وهو لا يسلم تفي الضمان مع عمومه دليل تبوته كقوله صلى الله عليه وآله وسلم كفى اليد ما اخذت وغيره كما ثبت نظيره في الادب في التصرف في القطة بعد التعريف مع الامان اذا جاء المالك (قوله) فان تلفت رجع على من شاء ويستقر الضمان على الواصف لان التلف في يده ولانه عاد غار ولو جاء الواصف بعد ما تملك الملتقط القطة واتلفها فقوتها الملتقط لظنه صدقة ثم جاء آخر فاقام البينة بملكيتها كان له مطالبة الملتقط دون الواصف لان الذي قبضه الواصف ليس عين ماله ولو تعذر الرجوع على الملتقط فلا قوى ان له الرجوع على القابض اقتصاصا للملتقط (قوله) الا ان يعترف الدافع له بالملك فلا يرجع عليه لو رجع عليه المالك لا اعترافه بكون الاخذ منه ظلما وان البينة متومة (قوله) ولو اقام كل منهما بينة بعد الدفع الى الاول ولا ترجيح اقرع لانها لكل امر شكل فان خرج الاول فلا كلام (قوله) فان خرج الثاني انتزعت من الاول اي بعد احلاف الثاني قال في التذكرة لا يدفع الى من خرجت له القرعة الا باليمين فان امتنع منها احلف الاخر فان امتنع احتمل ابقائها امانة عليهم حتى يصطلحا او على غيرهما انتهى والذي قالوه في باب القضا انهما ان ادعيا عينا في يد ثالث واقام كل واحد

ولو تلفت لم يضمن الملتقط ان كان قد دفع بحكم الحاكم وان دفع باجتهاده ضمن ولو تملك بعد الحول فقامت البينة لم يجب دفع العين بل المثل او القيمة ان لم تكن مثلية فان رد العين وجب على المالك القبول وكذا لو عابت بعد التملك مع الارش على اشكال والزيادة المتصلة والمنفصلة في الحول للمالك وفي التبعية للقطعة نظر اقربه ذلك " متن "

مهما بينة ولا ترجيح واقرع بينهما فن خرج اسمه حلف فان نكل حلف الاخر فان نكلا عن الحلف انها تقسم بينهما (قوله) ❁ ولو تلفت لم يضمن الملتقط اذا كان قد دفع بحكم الحاكم ❁ اي والبينة لان حكمه صيره بمنزلة النكره لانه يجب عليه الدفع فلا تقصير منه حينئذ ويرجع الحاكم على القاض وليس من خطأ الحاكم وان كان فلا يرجع على بيت المال مع وجود القاض (قوله) ❁ وان دفع باجتهاده ضمن لانه ليس له الحكم لنفسه ولو كان بالبينة لانه لا يكفي في وجوب الدفع عند البينة بل لا بد من حكم الحاكم بها في جميع الاحكام لان الحكم بها من وظائفه الا ما استثنى مثل الملل كما صرحوا به في المقام وغيره فكان الدفع حينئذ مستنداً اليه وقد تبين انه بشير حق وقد صرح بالحكمين في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وغيرها (قوله) ❁ ولو تملك بعد الحول فقامت البينة لم يجب دفع العين بل المثل او القيمة ان لم تكن مثلية ❁ قد تقدم الكلام فيه آنفاً (قوله) ❁ فان رد العين وجب على المالك القبول ❁ كما في التذكرة وهو قضية قوله في الشرائع جاز لانها لا تلحق عن مرتبة المثل بل هي اقرب الى نفسها من البدل وقد يقال ان الواجب في القيمي القيمة فلا يميز غيرها الا بالتراضي كما فيها اذا اقتضى منه القيمي فانه قد اختير عدم وجوب قبول العين اذا ردها اقتضى في الابضاح والتنقيح وحامع المقاصد لانه اذا دفع العين فقد دفع غير الواجب فيكون القبول مشروطاً بالتراضي ووجوب القبول هناك خيرة الخلاف والدروس والمسالك وجمع البرهان وفي الدروس ان في الخلاف الاجماع عليه وذلك لان قولهم الواجب القيمة محمول على تقدير عدم اعطاء العين كما في المثلي فانه يجب المثل على تقدير عدم اعطاء العين ويحتمل هنا وهناك وجوب قبوله ان تساوت القيمة او زادت وقت الرد وان نقصت فلا وهذا الفرع مبني على ما يختار من عدم وجوب دفع العين (قوله) ❁ وكذا لو عابت بعد التملك مع الارش على اشكال ❁ اي يجب القبول مع الارش على اشكال ونحوه قوله في الشرائع جاز على اشكال وينشأ من ان الواجب المثل في المثلي والقيمة في القيمي ومع وجود العيب فلا مماثلة ومن ان العين مع الارش السادسة الفائت اقرب الى نفسها من القيمة وهو الذي قواه في التذكرة والمسالك وفي الابضاح ان الاصح عدم وجوب القبول (قلت) هو اشبه بالاصول كما قالوه فيها اذا استقرض الجارية ونقصت واراد ردها مع الارش وعلى القول بوجوب رد العين يجب القبول بلا اشكال (قوله) ❁ والزيادة المتصلة والمنفصلة في الحول للمالك ❁ لا اشكال في ذلك كما في المسالك لو ظهر المالك قبل تمام الحول او بعده قبل التملك لانها لم تخرج في الامر من ملك مالكها سواء كانت امانة ام مضمونة فزوائدها له متصلة كالسهم ام منفصلة كالولد (قوله) ❁ وفي تبعية اللقطة نظر اقربه ذلك ❁ يريد انه اذا عرفت الملتقط وتملكها قبل الزوائد التي صارت في الحول تتبع العين في التملك والملكية نظر من ان العين هي الضائعة الملتقطة دون زوائدها وتملكها على خلاف الاصل فيقتصر فيه على موضع اليقين فتكون امانة للمالك كسائر مجهول المالك وفي شرح نجر الاسلام ان عليها الحاكم وفيه نظر ظاهر ومن ان الملتقط اذا استحق ملك العين فقتضى التبعية ان يستحق تملك الناء لان الفرع لا يزيد على اصله واستحقاق التملك يحصل من حين الالتقاط ويجرده وان كان التعريف شرطاً فكان الناء انما وجد بعد الاستحقاق فينبع العين ولا يشترط تملكه حول بانفراده وهو الاصح كما في الابضاح والاقرب

وبعد للملتقط ان تجددت بعد نية التملك والا فكالاول ولورد العين لم يجب رد الناء فلو دفع العوض لمن قامت له البينة ضمن للثاني مع البينة لان المدفوع ليس نفس العين ويرجع على الاول لتحقق بطلان الحكم (المقصد الرابع في الجمالة) « متن »

كما في جامع المقاصد والاقوى كما في المسالك ولا ترجح في شرح الارشاد لفخر الاسلام (قوله) ❁ وبعد للملتقط ان تجددت بعد نية التملك ❁ اي الزيادة المتصلة والمنفصلة بعد الحول وبعد نية التملك للملتقط لانها حدثت على ملكه لكنه اذا ظهر المالك واراد ان يرد عليه البين باختياره اخذها المالك مسلوقة الزيادة المنفصلة لانها متميزة غير تابعة للعين حتى ياتي القول بتزول الملك لان تزول لا ينافي ذلك كما في المبيع في زمن الخيار واما اذا كانت متصلة فانها تتبع العين لانها تتبعها في الرد بالعيب وفي الاقالة وانما تبعت فيهما لكونها بمنزلة الجزء منها فكذا هنا (والحاصل) ان الملتقط مخير بين دفع قيمتها وبين دفعها مع غنائها المتصل بها وليس له ان يأخذ منه ما قابل قيمة السمن مثلاً (قوله) ❁ والا فكالاول ❁ اي وان لم يكن التجدد بعد نية التملك فكالاول التجدد في الحول فيجوز الاشكال في التبعية والاقرب الاقرب (قوله) ❁ ولورد العين لم يجب رد الناء ❁ قد تقدم الكلام فيه (قوله) ❁ فلو دفع العوض لمن قامت له البينة ضمن للثاني مع البينة لان المدفوع ليس نفس العين ويرجع على الاول لتحقق بطلان الحكم ❁ كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير وقال في الاخير انما يرجع الملتقط على الاول اذا لم يكن قد اعترف بالملكية له وهو ظاهر كما تقدم وليس لك في الرجوع على الاول لان مقبوضه مال الملتقط لا اللقطة وهذا الفرع كما تقدم مثله مفروض فبين عرف وتملك وضمن العوض عند المصنف او اتف وزاد في جامع المقاصد ففرضه فيما اذا اقام الاول البينة بالاستحقاق فدفع اليه العوض ثم اقام الثاني البينة واتفى المرجح فاقرع فخرج اسم الثاني فاحلف فحلف قال فانه يجب على الملتقط الغرم الى آخره وقد يفهم ذلك من التذكرة والتحرير وعبارة الكتاب مطلقة توافق كلامهم في باب القضاء من انه يقضى لاكثر البينتين عدالة فان تساويا فاكثرها عدلاً فان تساويا اقرع فاذا كانت بينة الثاني اكثر عدالة او اكثر عدداً ضمن للثاني ورجع على الاول ويجوز كما تقدم انه لو تعذر رجوعه على الملتقط فانه يرجع على القابض اقتصاصاً للملتقط . والحمد لله كما هو اهله وصلى الله على محمد وآله الطاهرين

❁ المقصد الرابع في الجمالة ❁

هي بثلاث الجيم وكسرهما اشهر كما في المسالك (ولغة) ما يجعل للانسان على شيء يفعله كما في التذكرة وغيرها ويفهم منها ومن غيرها انها في الشرع عبارة عن صيغة دالة على عوض في عمل محل مقصود واختلف كلام الاصحاب في كونها من العقود او من الايقاعات فمنهم من جعلها ايقاعاً حكماً ووضعاً كالحق في الشرائع وكأنه نظر الى عدم اشتراط تعيين العامل واذا لم يكن معيناً لا يتصور للعقد قبول وعلى تقدير قبول البعض لا ينحصر فيه اجماعاً والمصنف في التحرير والشهد في اللمة حيث قال لا تقتصر الى قبول وقد يظهر ذلك من كلام المقنعة ومنهم من جعلها عقداً كالشيخ في المبسوط وابن حمزة في الوسيلة وكذا سلا فيكون القبول الفعلي كافياً فيها عندهم كالوكالة والمنفي هو القبول اللفظي واما قول الحق في الشرائع ايضاً انها عقد جائز كالمضاربة بعد عدتها في الايقاعات وقوله انها لا تقتصر الى قبول فيوجه بانه يجوز في تسميتها عقداً وكالمصنف في التذكرة قال الجمالة عقد جائز من الطرفين اجماعاً وكولده في الايضاح وفي جامع المقاصد ان ظاهرهم انها من العقود فيكون القبول فيها فعلياً (قلت) هو ظاهر سلا بناء على ما ذكره في اول كتابه بل والنهاية والارشاد والدروس وقال في المسالك تظهر الفائدة فيما لو فعل العامل لا بقصد العوض ولا بقصد التبرع بعد الايجاب فعلى الاول يستحق العوض لوجود المتعضي له وهو الصيغة مع العمل وعلى الثاني لا يستحق وان كان قد عمل لان الاعتبار

وفيه مطلبان الاول في الاركان) وهي اربعة (الاول) الصيغة كقوله من رد عبدي او ضالتي او فعل كذا وما اشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا فلوردد انسان ابتداء فهو متبرع لاشي له « متن »

من القبول الفعلي ليس هو مجرد الفعل بل لا بد معه من انفعاء الرضا والرغبة فيه لاجله كما نبه عليه في الوكالة (قلت) من رد لا على قصد التبرع ولا على قصد العوض متبرع وان لم يقصد التبرع فلا فائدة واما ما نبه عليه في الوكالة فهو ما حكاه عن التذكرة من ان القبول في الوكالة يطلق على معنيين (احدهما) الرضا والرغبة فيما فوض اليه ونقيضه الرد (والثاني) اللفظ الدال عليه على النحو المعتبر في البيع وسائر المعاملات وانه يعتبر في الوكالة القبول بالمعنى الاول دون الثاني حتى لو رد وقال لا اقبل او لا افعل بطلت ولو اراد ان يفعل او يرجع فلا بد من استيناف اذن مع علم الموكل انتهى فتأمل فيه وقال في المسالك هذا يدل على ان القبول بمعنى فعل ما وكل به ولا يكفي مطلقاً بل مع اقتترانه بالرضا والرغبة ووقوعه قبل ان يرد انتهى وحاصله انه يأتي بالفعل على وجه الرضا والقبول للايجاب واما الرغبة فلا وجه لاشتراطها بالمعنى المعروف منها (ونقيض البحث) في العقود الجائزة مطلقاً ما ذكرناه في اول باب الوديعة من انها حيث يكون ايجابها وقبولها قوليين تكون عقوداً حقيقة ويصح نظمها في سلك العقود وحيث لا يكونان كذلك تكون من باب المعاوضة في العقود الجائزة وقد برهنا عليه ونقلنا تصريحهم به فالجمالة اشبه شيء بالوصية لان ايجابها اوصيت او افعلو عند وفاتي وقبولها لفظي وفعلي الا في غير المحصور كالفقراء والفقهاء فليست عادمة النظر حتى نقول انها بالايقاع اتبه (وكيف كان) فهي جائزة ولا نعلم فيها خلافاً كما في التذكرة ومراده بين المسلمين وقد دل على حوازا قبل الاجماع الكتاب والسنة والاعتبار (فالاول) قوله عز وجل ولن حاء به حمل بعير وشرع من قبلنا حجة ما لم نعلم نسخه (واما الثاني) فهو ما رواه وهب بن وهب عن لصادق عليه السلام قال سألته عن جعل الاتى والضالة فقال لا بأس ومثله خبر مسمع وسئل الباقر عليه السلام عن الرجل يعالج الدواء للناس فيأخذ عليه جملاً فقال لا بأس وسئل الباقر عليه السلام عن الرجل يرشو الرجل الرشوة على ان يقول من منزله فيسكنه قال لا بأس به وورد بها اخبار غامية (واما الثالث) فلان الحاجة تدعو الى ذلك فان العمل قد يكون مجبواً كرد الابن والضالة ونحو ذلك ولا يمكن عقد الاحارة فيه والحاجة داعية الى رد ذلك وقل ان يوجد متبرع فدعت الضرورة الى اباحة بذل الجعل فيه مع جهل العمل وكانت جائزة والاقدمون ذكروها كما نف في عقب اللقطة لان الحاجة لما كانت غالباً في رد الضوال المنبوذة ناسب ذكرها بعدها (قوله) وفيه مطلبان الاول في الاركان وهي اربعة الاول الصيغة كقوله من رد عبدي او ضالتي او فعل كذا وما اشبهه من اللفظ الدال على العمل فله كذا قال في التذكرة الاول الصيغة وهي كل لفظ دال على الاذن في العمل واستدعائه بموض يلزمه كقوله من رد عبدي او خاط لي ثوباً او بقي لي حائطاً وما اتبه ذلك من الاعمال المحملة المقصودة في نظر اعتلاء ونحوه ما في التحرير والدروس من انها صيغة دالة على الاذن في الفعل بشرط عوض كما في الاول وبموض كما في الثاني ولعل بينهما فرقا ولعله ان الاول ظاهر في الايقاع والثاني ظاهر في العقد فتأمل ولا فرق في صيغة المالك بين ان يقول من رد عبدي او يقول ان رد انسان عبدي او يقول ان ردوت عبدي ويصح التقييد بالزمان كأن يقول في شهر والمكان كأن يقول من بغداد والاطلاق ولا فرق في القبول اللفظي بين ان يقول قبلت او انا ارد كما ذكر ذلك كله في التذكرة ويأتي بعضه في الكتاب (قوله) فلوردد انسان ابتداء فهو متبرع لاشي له كما في المبسوط والسرائر والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والدروس واللغة وجامع المقاصد فيما يأتي والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية ونسبه في التذكرة الى اكثر علمائنا وقال في الدروس عليه المتأخرون تارة وانه المشهور اخرى وهو قول ما عدى الشرحين وابن حمزة

وكذا لو رد من لم يسمع الجمالة على قصد التبرع والا فاشكال « متن »

كما في المختلف والمتهور خلاف قولهم كما في جامع المقاصد فيما يأتي وقال في المنفعة اذا وجد الانسان عبداً ابناً او بعبيراً شارباً فردّه على صاحبه كان له على ذلك جعل ان كان وجده في المصر فدينار قيمته عشرة دراهم جياذ وان كان وجده في غير المصر فاربعة دنانير قيمتها اربعون درهماً جياذاً وبذلك ثبتت السنة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم ونحوه ما في النهاية وما حكى عن ابن حمزة قال وان لم يجعل وجرت العادة في البلد بشيئ يستحقه وان لم تجر ووجده في المصر كان له دينار وان وجده خارج المصر كان له اربعة دنانير ولعله ذكر ذلك في الواسطة اذ لم نجد فيما عندنا من نسخ الوسيلة وقولهم هذا يقتضي الاستحقاق في البعير والعبد وان لم يجعل المالك جعلاً كما في المختلف وفي التذكرة والدروس انه يشعر بذلك (قلت) هو ظاهر في ذلك وقال في الخلاف لم ينص اصحابنا على شيء من جعل اللقطة والضوال الا على ابقاء العبد فانهم رويوا انه ان رده من خارج البلد استحق الاجرة اربعين درهماً قيمتها اربعة دنانير وان كان من البلد فعشرة دراهم قيمتها دينار وما عدى ذلك يستحق الاجرة بحسب العادة ثم نقل كلام العامة وقال دليلنا اجماع الفرقه واخبارهم فهذه اخبار مرسلّة والمفيد قال ان بذلك ثبتت السنة (وقد روى) مسمع عن الصادق عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل في الابق ديناراً اذا وجد في مصره وفي غيره مصره اربعة دنانير والشيخ في المبسوط قال روى اصحابنا وذكر مضمون الخبر وقال هذا على جهة الافضل لا الوجوب وباتي ان الاكثر عاملون بالخبر اذا بذل جعلاً ولم يعينه وقد يؤيد قول الشيخين بان في ذلك حثاً الى رد الابق وصيانة له عن الرجوع الى دار الحرب والرد الى دينهم وتقوية اهل الحرب به فتأمل وبان العامة رويهم عن علي عليه السلام وابن مسعود وعمر وشرح وعمر بن عبد العزيز واصحاب الرأي واحمد في احدى الروايتين ولم يعرف لهم مخالف في زمنهم فكان اجماعاً كما حكاه في التذكرة لكنه قوى ان لا شيء له وقال ابن ادريس لا يظن ظان ان من رد شيئاً من الضوال والا بقاء واللقط يستحق كل صاحبه من غير ان يجعل له فانه خطأ فاحش ويأتي تمام الكلام عند تعرض المصنف له في ثلاثة مواضع (قوله) وكذا لو رد من لم يسمع الجمالة على قصد التبرع سيأتي في كلام المصنف وكلام غيره انه لو سمح الجعل فردّه متبرعاً انه لا يستحق جعلاً فبالاولى ان لا شيء له لور ولم يسمع جعلاً ولا جمالة قاصداً التبرع (قوله) والا فاشكال اي وان لم يكن رده على قصد التبرع بل على قصد الاستحقاق فاشكال اصح انه يستحق كما في الايضاح وقال في الدروس لو ردّها من لم يسمع الصيغة بقصد العوض فالاقرب الاستحقاق اذا كانت الصيغة تشمل (قلت) هو المفروض في كلام الكتاب ووجهه انه عمل محترم لم يقصد به فاعله التبرع وقد وقع باذن الجاعل فالتقضي للاستحقاق وهو جعل المالك بصيغة تشمل العامل وعدم تبرعه موجود والمانع ليس الا عدم علمه بصدور الجعل لا يصلح للمانعة للشك في مانعته فيعمل بمقتضى عمله ووجه العدم انه بالنسبة الى اعتقاده متبرع اذ لا عبرة بقصده من دون جعل المالك قال في الايضاح في توجيهه (قالوا) لم يقصد به جواباً لا يجابه به يستحق وغيره تبرع (قلنا) ممنوعان بل سبب الاستحقاق صدور الايجاب من الموجب والفعل من القابل انتهى وحناء انه لم يقصد بفعله قبول ايجابه فغير عن القبول بالجواب وبالقبول الذي هو جواب الايجاب يستحق الجعل وغيره وهو الذي ليس بقبول لا يجابه تبرع وأشار بقوله قلنا ممنوعان الى الامرين وهو كونه بالجواب يستحق وان غيره تبرع فتأمل فيه ولعل منع الاولى بالنسبة الى الحذر وفي جامع المقاصد ان الاولى ان يفرق بين من ردّه كذلك عالماً بان العمل بدون الجعل تبرع وان قصد العامل العوض وبين غيره لان الاول لا يكاد ينفك من التبرع بخلاف الثاني فيستحق دون الاول (قلت) ليس الاول موضع اشكال فكلّاهم انما هو في الثاني وقال ان على العبارة مؤخّدة فان قوله والا فاشكال يقتضي ثبوت الاشكال في كل من لم يرد على قصد التبرع يتناول من رد لا على قصد التبرع ولا على قصد الاستحقاق وليس بمجيد لان هذا متبرع وان لم يقصد التبرع

ولو كذب المخبر فقال قال فلان من رد ضالته فله كذا لم يستحق الراد على المالك ولا المخبر لانه لم يصمن ولو تبرع المخبر فقال من رد عبد فلان فله درهم لزمه لانه ضامن ولو قال من رد عبدي من العراق في شهر كذا فله كذا ومن خاط ثوبي في يوم كذا فله كذا صح بخلاف الاحرة للزومها بخلاف الجمالة (الثاني الجاعل) الجاعل وشرطه ان يكون اهلاً للاستيجار وفي العامل امكان تحصيل العمل « متن »

(قلت) العله يرجع بالآ حرة الى انه رد على قصد التبرع حكماً على انه نادر (قوله) ولو كذب المخبر وقال قال فلان من رد ضالته فله كذا لم يستحق الراد على المالك ولا المخبر لانه لم يصمن كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد اما المخبر فلا أنه لم يصمن ولم يلتزم اقصى ما في الباب انه كذب وهو لا يوجب الصمان واما المالك فان كان المخبر قد كذب عليه لم يكن عليه شيء ايضاً وكان على الراد ان يتست ويخص ويسأل فالتعريض وقع منه وان كان قد صدق فرد سمع في الجعل كفي في الاستحقاق اخبار المخبر وان لم يكن حقة كما في جامع المقاصد (قوله) ولو تبرع المخبر فقال من رد عبد فلان فله درهم لزمه لانه ضامن كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمسالك والروضة وجميع البرهان والمقابلة والمقاييس وفي جامع المقاصد انه لا ريب فيه وان كان العمل لا يرجع عليه فمائدة للتوسع في الجمالة (قلت) فيلزم الباذل ما حرم مع رده الى المالك او اليه حسب ما شرط وهذا بخلاف ما اذا التزم الثمن في بيع عبده والثواب على عبده لانه ضامن فملك فلا يتصور وجوبه على غير من حصل له المالك والحمل ليس عوض تملك (قوله) ولو قال من رد عبدي من العراق في شهر فله كذا ومن خاط ثوبي في يوم فله كذا صح بخلاف الاحرة للزومها بخلاف الجمالة كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد ومرادهم ان ذلك اذا قصد تطبيق العمل على الزمان بحيث ينتهي بانتهائه وينتهي بانتهائه لان احدهما حرة فادام يتفق انطباق العمل على الزمان لم يخرج العقد عن مقتضاه لان التقدير بالعمل والزمان معا يقتضي عدمه اذ لا يتصور العوض وهو مقتفر في الجمالة دون الاحرة لانها لازمة فلم يصح تقديرها بها معاً لان اتفاقهما نادر فيلزم بلزوم العقد ولان تعاقب العمل على الزمان غير معلوم التحقق فيكون اشتراطه اشتراطاً لا يوفق بالقدرة عليه فلم يصح (قوله) (الثاني الجاعل) وشرطه ان يكون اهلاً للاستيجار قال في التذكرة يشترط فيه ان يكون من اهل الاستيجار مطلق التصرف فلا ينفذ جمل الصبي والمجنون والفيه والمحجور عليه لفسد المكره وغير القاصد ولا نعم فيه حلاً فاقا انتهى ولا يبر ذلك في العامل لان ركنها الجاعل ولو رد الصبي المميز ولو بدون اذن وليه والمحجور عليه استحق الحمل كما قطع به في التذكرة في الصبي بقوله قطعاً الخارج في مجرى الاجماع وبشكل بانها اذا كانت عقداً كان باطلاً فيه تحقق احرة المثل لا العوض الا ان تقول ان الغرض الاقصى منها تحصيل العمل فبني الامر فيها على المسامحة في العامل والعمل في الجمالة وبها وفي غير المميز والمجنون وجهان من عدم تحقق القصد ووقوع العمل وخفت الاجارة بالذكر في الشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها لانها اشبه بالجمالة من البيع وغيره لان في كل منهما مقاومة منفعة بمال (قوله) وفي العامل امكان تحصيل العمل كما في الشرائع والارشاد والمسالك وجميع البرهان وامله اليه تشير في التذكرة والدروس قال في الاول (لو قال ط) من رد عبدي فله كذا وكان العبد مسافراً للكفر رده الاقرب ذلك مع احتمال عدم لاستزامه اثبات السبيل وقال في الثاني لو قال من استوفى ديني على المسلم فله كذا لم يدخل الذمي ويدخل في رد العبد المسلم لان السبيل هنا ضعيف (قلت) ومثله لو قال من زار عالماً فربه الى الله تعالى ونحوه مما يشترط فيه القرية وحصوله من المسلم او المؤمن فلا بد من ان يراود بالامكان في كلامهم الامكان الشرعي بهذا المعنى واما بمعنى كونه حائز التصرف فبعد اذ قد علمت ان الصبي لو رد استحق واما ارادة الامكان

ولا يشترط تعيينه (تعينه خل) ولا القبول نقطة ولو عين فرد غيره فهو تبرع (الثالث العمل) وهو كل ما يصح الاستيجار عليه وهو كل عمل مقصود محلل وان كان مجهولاً ولا يشترط الجهل فلو قال من خاط ثوبي او حج عني فله دينار صح لان جوازه مع الجهل يستلزم اولوية جوازه مع العلم « متن »

المقني والعرفي فيردها انه لا يحتاج الى اشتراطه فان غير الممكن كذلك لا يمكن فعله (قوله) ﴿ ولا يشترط تعيينه ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها لان الاصل والغالب في العامل - حالته لان الغرض رد الاق وما في معناه ولا تعلق للمالك بخصوصية الراد بل قد لا يتمكن منه معين وقد لا يكون من يتمكن حاضراً وربما لا يعرفه المالك فاذا اطلق الاشتراط وشاع ذلك سارع من تمكن منه الى تحصيله فيحصل الغرض فاقتضت المصلحة في مشروعية الجمالة ان تكون قابلة في العامل للجمالة (قوله) ﴿ ولا القبول نقطة ﴾ قد تقدم الكلام (قوله) ﴿ ولو عين فرد غيره فهو تبرع ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد واللمعة والمسالك والروضة وجمع البرهان لانه لم يبدل له اجرة ولا لمن يشمله وفي الشرائع ان عمله ضائع ولعله اراد ان ذلك اذا جعل على المجهول له العمل بنفسه او قصد الراد العمل لنفسه او اطلق اما لو رده نيابة عن المجهول له - حيث يتناول الامر النيابة فانه لا يضيع عمله وكان الجعل لمن جعل له وفي التذكرة لو رده عبد المجهول له استحق المولى الجعل لان رد عبده كرده وبده كيده (قوله) ﴿ الثالث العمل وهو كل ما يصح الاستيجار عليه وهو كل عمل مقصود محلل وان كان مجهولاً ﴾ اما انها تصح على كل عمل مقصود محلل غير واجب كالخطية ورد الاق والضالة فما لا اجد فيه خلافاً وقد نفي في التذكرة الخلاف عن اشتراط كون العمل محللاً ونص فيها وفي الشرائع والتحرير والارشاد واللمعة والدروس وفي غيرها على اشتراط كون العمل مقصوداً للعقلاء فلو قال من استقى من دجلة ورماه في الفرات ما لا يعده العقلاء مقصوداً لم يصح ومثله الذهاب الى موضع خطير ليلاً بغير غاية مقصودة والمراد بالمحلل في كلامهم الجائز بالمعنى الاعم ليشمل المباح والمندوب والمكروه حيث يكون مقصوداً ولا بد من اخراج الواجب منه فلا تصح عليه الجمالة كما لا تصح عليه الاجارة وقد نص في التذكرة والدروس والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية والمفاتيح على اشتراط عدم كونه واجباً فلو قال من صلى الفريضة فله كذا لم يصح قال ولو قال من دلني على مالي فله كذا فدلته من كان المال في يده لم يستحق الجعل لان ذلك واجب عليه بالشرع فلا يجوز اخذ العوض عليه اما لو كان في يد غيره فدلته عليه استحق لانه غير واجب عليه والغالب انه يلحقه مشقة في البحث عنه ولو قال من رد علي مالي فله كذا فردته من كان المال في يده نظر فان كان في رده من يده كلفة وموثة كالعبد الاق يستحق الجعل وان لم يكن كالدرهم والدنانير فلا انتهى (واما) انها تصح اذا كان العمل مجهولاً فقد نص عليه في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وفي الروضة ان عدم اشتراط العلم بالعمل هنا موضع وفاق (قلت) لا اجد فيه خلافاً الا من صاحب الوسيلة قال وتصح بشرطين تعيين العمل والاجرة انتهى فتأمل (ولعلم) ان العمل لو كان مجهولاً بالكيفية لا يصح الجعل عليه فرادى المجهول في الجملة ومستندم بعد الاجماع ان الغرض الاقصى من الجمالة بئل الجعل على ما لا يمكن التوصل بعقد الاجارة اليه لجهالة لان مسافة رد الاق قد لا تعرف فتدعو الحاجة الى احتمال الجهالة فيه كما تدعو الى احتمالها في العامل وقد احتملت الجهالة في القراض لتحصيل الزيادة فهنا اولى هذا ولا يخفى ان قوله في الكتاب وان كان مجهولاً يقضي بصحة الاستيجار على العمل وان كان مجهولاً (قوله) ﴿ ولا يشترط الجهل فلو قال من خاط ثوبي او حج عني فله دينار صح لان جوازه مع الجهل يستلزم اولوية جوازه مع العلم ﴾ والمخالف الشافعية في احد الوجهين

(الرابع الجمل) وشرطه ان يكون معلوماً بأكيل او اوزن او العدد ولو كان مجهولاً كشوب غير معين او دابة مطلقة ثبت بارد اجرة المثل ولو قيل بجواز الجهالة اذا لم تمنع من التسليم كان حسناً كقوله من رد عبدي فله نصفه ومن خاط ثوبي فله ثلثه " متن "

فانهم قالوا فيه لا تصح الجمالة على العمل المعلوم قوله (الرابع الجمل) وشرطه ان يكون معلوماً بأكيل او الوزن او بالعدد ولو كان مجهولاً كشوب غير معين او دابة مطلقة ثبت بارد اجرة المثل ولو قيل بجواز الجهالة اذا لم تمنع من التسليم كان حسناً كقوله من رد عبدي فله نصفه ومن رد (حاط خ ل) ثوبي فله ثلثه جعل المصنف هنا وفي التذكرة للجمالة اربعة اركان الصيغة والعائد والحمل والجمل وقد تقدم الكلام في الثلاثة الاول وظاهره هنا كما هو صريح التذكرة ان الاحلال بواحد منها يفسد العقد ويبطله وقد استمرط في الجمل هنا ان يكون معلوماً كما هو خيرة المبسوط والوسيلة والتسريح والتحرير والتذكرة والارشاد وجامع المذاهد وقال في الاخير اطلق الاصحاب عدم جواز كون حمل مجهولاً وفي الايضاح وجمع البرهان - بية ذلك الى الاصحاب وفي المسالك والكفاية وكذا المفاتيح ان المشهور اشتراط كون العوض معلوماً في صحة الجمالة المطلقة كما يشترط ذلك في عوض الاجارة وقد صرح هنا بكونه معلوماً بأكيل او الوزن او العدد في التسريح والارشاد والتذكرة وفي الاخير والمبسوط انه لو كان مجهولاً فسد العقد ووجب بالعمل اجرة المثل وقال في احياء الموات من الكتاب لو قال اعمل ولك نصف الخارج بطل للجمالة العوض اجارة وجمالة وهو يقضي بعدم جواز الجمالة مع جهالة الجمل مطلقاً وهو اي فساد العقد حيث قد ظهر الكتاب والوسيلة وما ذكرناه بعده من الكتب بل بعضها كاد يكون صريحاً وقد سمعت الشهورات الثلاث وقال ولد المصنف فيما كتب في الايضاح ان المانع من جهالة لا يقول انه يبطل اصل العقد وانما يبطل المسمى فلو جمل له جملاً مجهولاً صح الجمالة وكانت له اجرة المثل وقال في الدروس الجمالة - بية رالة على الاذن في عمل بعوض ولا يشترط فيها العلم وقال في اللعة صيغة ترميها تحصيل المنفعة بعوض مع عدم اشتراط العلم فيها وفسر التبرير في الروضة بالعمل والعوض وقال في اللعة ايضاً من قال من رد عبدي او خاط ثوبي فله كذا صح او فله مال او شيء اذا العلم بالعوض غير شرط في تحقق الجمالة وانما هو شرط في تشخيصه وتعيينه فان اراد ذلك فليذكر جنسه وقدره والا ثبت بالرد اجرة المثل انتهى وهذا كله يوافق ما حكيناه عن ولد المصنف وهو ظاهر التبصرة ويرشد الى ذلك ما في المسالك من الاستدلال بجواز كون العوض مجهولاً باطبا قهم على صحة الجمالة مع عدم تعيين الجمل ولازم اجرة المثل ونحوه قوله في الروضة في ذلك يرشد الى ذلك اتفاقهم على الحكم من غير تعرض لابطال اني بطلان الجمالة ونظيره في ذلك الى قوله في الدروس ولو كان مجهولاً فاجرة المثل قولاً واحداً من دون تعرض لبطالان الجمالة لكن يقال له اذا كانوا متفقين على صحة الجمالة مع عدم تعيين الجمل من اين حصلت الشهرة في المسالك على اشتراط كونه معلوماً في صحة الجمالة وبين الدعويين اربعة اسطر ثم ان صريح التذكرة والكتاب في احياء الموات كما سمعت انه يفسد العقد وكذا غيرهما وانت اذا لحظت كلام الروضة ظهر لك انه لم يصل الى مراده في اللعة ولعلنا نبينه فيما يأتي انشاء الله تعالى وظاهر المصنف الميل الى التفصيل الذي ذكره وقد فهم منه انحق الثاني انه مختاره وقال انه قوي وفي التذكرة انه اقوى وفي الايضاح انه اصح وفي الروضة لا بأس به وكأنه مال اليه في المسالك وهو خيرة مجمع البرهان على الظاهر وفي الكفاية انه غير بعيد وفي المفاتيح انه اظهر هذه اقوال المسألة (احتج على الاول) في التذكرة بانه لا حاجة الى الجهالة فيه بخلاف العمل وبان العمل في الجهالة لا يصير لازماً والعوض يلزم بوجود العمل فوجب كونه معلوماً وبانه لا يكاد يرغب احد في العمل اذا لم يعلم بالجمل فلا يحصل مقصود العقد (واورد على الاول) بان الفرق غير تام لان امرها مبني على احتمال الفرز وقد تمس الحاجة الى جهالة العوض كما تمس الى جهالة العمل بان يريد تحصيل الابقى ببعضه وعمل

(المطلب الثاني) في الأحكام الجمالة جائزة من الطرفين « متن »

الزرع بعضه وقد لا يريد العامل الا توباً كائناً ما كان لمكان سدة الرد ومحو ذلك (واستدل) في المسالك باطباقهم لى صحة الجمالة مع عدم تعيين الجعل ولزوم اجرة المثل مع ان العمل الذى ثبت اجرة مثله غير معلوم عند العقد بل يحتمل الزيادة والنقصان انتهى فتأمل (وكى الثاني) بانه انما يتم فيما اذا كان العوض مجهولاً بحيث لا يمكن تسليمه ولا تسليمه واما اذا كان معلوماً في الجملة كالصبرة والدابة والثوب ونصف الابق والزرع فلا فهو مثل العمل فانه لو كان مجهولاً بالكلية لم يصح كما تقدم (وكى الثالث) بان العادة مطردة بالرغبة في اعمال كثيرة مجهولة يجز منها مجهول واما الكلام والتوقف في صحة ذلك وقد ورد النص بجواز جعل السلب للقاتل من غير تعيين كقوله صلى الله عليه وآله وسلم من قتل فله سلبه ثم انه مع عدم الرغبة والرضا لا بد من التعيين ان احتاج اليه لتحصيل ماله ونحن لم نوجب عليه التجهيل بل نجوز له ذلك ان وجد راغب والا عين ان اراد قال المتدس الاردبيلي لا نجد على اشتراط الملوومية دليلاً ولا فرق بين العمل والعوض فان امكن تسليمه العوض واخذه بحيث لا يقع فيه نزاع ووجد الراغب جازت الجمالة فيه ومما ذكر يعلم الوجه في التفصيل (ووجه) كلام نحر الاسلام والشهد ان مثل قوله من رد عبيد فله مال او شيء يعد جمالة لانها لا نحصر في لفظ اذ العلم بقدر العوض وجنسه غير شرط في تحقق الجمالة لاتساعها وبنائها على الجمالة في احد العوضين فكان امرها مبني على احتمال الفرر وانما هو شرط في تشخيص العوض فان اراد التعيين ذكر قدره وجنسه والا يذ كر قدره وجنسه وانما قال له مال او شيء ثبت باردة اجرة المثل فاجرة المثل منزلة منزلة الشيء فكان كأنه لما قال له لك شيء او مال اراد ان لك اجرة المثل فتبوتها في هذا العقد ليس لبطلانه فتصح ايضاً فيما اذا قال اذا فعلت كذا فانا ارضيك واعطيك ونحو ذلك ويثبت له اجرة المثل ومما ذكر يعلم الحال في قوله في اللمة فان اراد التعيين فليذ كر جنسه وقدره والا ثبت بالرد اجرة المثل وقد فسر في الروضة قوله والا ثبت بانه ان لم يذ كر القدر اصلاً او ذكره ولم يعينه ثبت اجرة المثل ثم انه قال انه يشكل الى آخر ما قال (وانت خبير) بانه لو استدعى الرد ولم يبين اجرة المثل فالرأد عند الشهيد في ظاهر اللمة متبرع لاصالة البرائة كما لو استدعاه مجاناً ويا تي استشكل المصنف فيه ولو سلم انه مشمول لمبارة اللمة فن حيث اثباته اجرة المثل لا يا تي فيه الاتكال الذي ذكره الا انها هل هي بمقتضى العقد ام لا فكلام آخر فليحظ ذلك من اراده (وليعلم) ان التفصيل انما هو فيما اذا كان العبد مجهولاً كما هو واضح فلو كان معلوماً فاولى بالصحة الا ان نمنع الاستيجار على الارتضاع يجزء من المرتضع بعد الانفصال واليه اشار في التذكرة في آخر المسألة

﴿ المطلب الثاني في الاحكام ﴾

(قوله) ﴿ الجمالة جائزة من الطرفين ﴾ كما صرح به في المبسوط وسائر ما تأخر عنه الا ما قل وفي التذكرة انها عقد جائز من الطرفين اجماعاً كما تقدم ايضاً وفي الكفاية انه لا يعرف فيه خلافاً وفي المسالك انه لا خلاف فيه سواء جعلناها عقداً او ايقاعاً لانها بمنزلة امر الغير بعمل له اجرة فلا يجب المضى فيه من الجانبين (قلت) الخلاف معروف من ابي علي قال لو جعل عاماً لمن جاء بالابق فخرج الناس عند عمومهم بما جعل من الجعل فاشهد المولى على نفسه بانه قد فسخ ما كان جعله لم يفسخ بذلك حكاه عنه في المختلف فليتأمل في اطلاق ابي علي وقوله في الشرائع انها لازمة من طرف الجاعل الا ان يدفع اجرة ما عمل حيث يكون قد تلبس العامل بالعمل لا يقتضي اللزوم لان المراد جواز تسلط كل منهما على فسخه سواء ترتب على ذلك لزوم عوض في مقابلة العمل ام لا (ولك ان تقول) ان قولم ان الجاعل يدفع اجرة ما عمل العامل وان الماضي عليه اجرته ونحو ذلك على اختلافهم في التعبير مع المحافظة على لفظ الاجرة ووضح من ذلك ما قاله في الدروس

فللعامل الفسخ قبل اتمام العمل ولا شيء له لانه اسقط حقه وكذا للجاعل قبل التلبس بالعمل مطلقا وبعده فيدفع اجرة ما عمل « متن »

وعليه فيما مضى بنسبته الى الجميع يقضي بكونها لازمة بالنسبة الى ما مضى لانه يقضي بعدم ابطال السابق بالفسخ والمراد بالجواز بل المتبادر منه ابطال دفع حكم العقد مطلقاً وهو يقتضي تبوت اجرة المثل لما سبق من العمل على ان تبوت اجرة المثل لا تقتضي البطلان عند الشهيد وغيره فتكون عندهم جائزة من طرف العامل لازمة من طرف الجاعل كالرهن لازم من طرف الراهن جائز من طرف امرئهن وبكونها لازمة من طرف المالك فيما مضى صرح في جامع المقاصد في اثنا كلامه له فيما يأتي لكن ما يفهم من المبسوط والشرائع والارشاد والتبصرة من ان فسخ الجاعل مثوق على دفع الاجرة ليس بمراد قطعاً لخالفته للاجماع كافي المسالك لانه اذا فسخ بطل العقد من حينه ولزمته الاجرة سواء دفعها ام لا (قوله) ❦ فللعامل الفسخ قبل اتمام العمل ولا شيء له لانه اسقط حقه ❦ وابطل المنفعة على نفسه كافي المبسوط والتحرير والروضة وكذا في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وفي الكفاية انه المتهور لان المالك لم يجعل له العوض الا في مقابلة مجموع العمل ولم يحصل عرصه ولم يأت العامل بما شرط عليه العوض ولما كانت حائزة لم تبنت فيها شيء الا بالشرط بخلاف الاجارة فانها لازمة تستقر الاجرة شيئاً فشيئاً واحتمل في السبعة المتأخرة انه لو كان الجعل على نحو خياطة ثوب نحات بعضه وحوب حصته قالوا ويقوى الاحتمال لو مات او شغله ظالم ثم ان بعضهم استظهر ذلك كالمولى الاردبيلي وبعضهم نفى عنه البأس كالثبيد الثاني وغيره والمدار عنده على العمل الذي تقابل اجزائه بالاجرة كبناء الخائط وتعليم القرآن بل احتمل المحقق الثاني تبوت الحصة مطلقاً لكن قال الشهيد الثاني انه لا اشكال في عدم استحقاق شيء في نحو رد البدل لانه امر واحد لا يتقسط العوض على اجزائه ونحو ما في الكفاية والمفاتيح ❦ تذييب ❦ لو فسخ العامل ثم اراد العمل فهل بنفسه العقد ام يستقر ايجاب الجاعل احتمالان ذكرهما في جامع المقاصد من دون ترجيح وربما بني ذلك على ان الجمالة عقد ام لا فعلى الاول لا يحتمل الانقضاء لان ذلك قضية العقد الجائز وعنده لان العبرة بايجاب المالك واذنه وذلك امر لا قدرة للعامل على فسخه وعلى الثاني يشبه عدم بطلانها بكون نقا الايجاب والاذن ومعنى قولهم يجوز للعامل الفسخ انه لا يجب عليه الوفاء بالعمل وان بقي حكم الاذن (قوله) ❦ وكذا للجاعل قبل التلبس بالعمل مطلقا وبعده فيدفع اجرة ما عمل ❦ اي له الفسخ قبل التلبس بالعمل وبعده لكنه حيث يفسخ بعده يدفع اجرة ما عمل وفي جامع المقاصد لا موقع لقول المصنف مطلقاً كما لا يخفى قال وفسره الشهيد بان حواشيه بان معناه ان له ذلك من غير شرط بل عوض ولا يحصل له (قلت) لعله اراد سواء كان العمل مما يوزع على الاجرة او لا كرده الا بقرى وان شرع في المقدمات او سواء كانت عقدا او ابقاء عين العوض ام لا وكيف كان فنحو ما في الكتاب كلام المبسوط والشرائع والتبصرة والارشاد والتذكرة والتحرير والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية والمفاتيح لكن عبارات الاربعة الاولى تعطي توقف الفسخ على دفع الاجرة كما بينا عليه فياخر وعبارت الدروس واللمعة تعطيان التزوم بالنسبة الى ما مضى وكذا غيرهما كما تقدم ايضا (الوجه) فيما ذكرناه من انه اذا فسخ بعد التلبس وقد عمل ما يوجب اجرا دفع اليه اجرة ما عمل انه انما عمل بعوض له ولا تقصير من قبله ولا يصح في العمل المحترم الواقع بامر المالك ان يقابل بالعوض ولو قلنا انه لا عوض له وفتحنا هذا الباب لكان للامان ان يكمل اكثر عمله بغير عوض (واما) اذا تلبس ولم يكن عمل عملاً يقابل بالاجرة فلا شيء له اصلاً ان تم الفسخ (والظاهر) ان المراد بالعوض حصته بنسبة ما فعل الى المجموع من العوض المبذول كما هو صريح الدروس لانه العوض الذي اتفقا عليه فلا يلزم غيره خصوصاً اذا زادت اجرة المثل عنه لتدومته على انه لا يستحق سواء وهو خيرة المسالك والروضة والكفاية لكن قوله في التذكرة عليه للعامل اجرة مثله

و يستحق العامل الجمل بالتسليم فلو جاء به الى باب منزله فهرب او مات لم يستحق شيئاً
و يحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة و يعمل بالتأخر من الجمالتين سواء زادت او نقصت
قبل التلبس والا فبالنسبة « متن »

يخالف ذلك ظاهراً ووجهه انه بالفسخ بطل حكم العقد ولما كان العمل محترماً جبر باجرة المثل كما لو فسخ المالك
القراض (وفيه ان الشروط للعامل في القراض جزء من الربح فقبل ظهوره لا وجود له حتى ينسب اليه ما
فعل بخلاف عامل الجمالة فانه مضبوط يمكن الاعتماد على نسبه وهذا انما يتم فيما يتوزع على اجزائه الاجرة لا
فيما هو نحو رد الآبق ولم يحصل في يده وقد فسخ ويتم فيما اذا فسخ وقد صار في يده وحينئذ ففائدة الفسخ عدم
سلامة جميع العوض له على هذا التقدير بل يستحق لما سبق بنسبته و يبقى له فيما بعد ذلك اجرة المثل على ما
يعمله انى ان يتا لعمه المالك وهو حفظه عنده ونحوه اذ لا يجب عليه رد على المالك بل تمكنه منه ان كان قد
علم و سوله الى يده وان لم يعلم وجب اعلامه فاندفع ما اشكل على المحقق الثاني من انه في هذه الصورة لا
يكاد يتحقق للفسخ معنى اذ لا يجوز له تركه بل يجب تسليمه الى المالك او من يقوم مقامه فلا يتحقق فائدة
للفسخ حينئذ هذا (ولعلم) ان العقد انما يفسخ اذا علم العامل بالفسخ من الجاعل والا فهو على حكمه فلو عمل
استحق تمام العوض كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك فكان كالوكيل اذا لم يعلم بالزل
(قوله) و يستحق العامل الجمل بالتسليم ❁ في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد
والبصرة والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وذلك مع التصريح بالجمل على ايصاله
الى يده او الاطلاق لعلاق الاستحقاق بالرد والمتبادر منه الى اليد ولم يحصل وقال المهندس الاردبيلي ان كان
العمل الذي شرط له مستلزماً للتسليم او شرط فيه ذلك لزمه ذلك والا فلا فلو قال من رد عبدي الى هذا
البلد فله كذا لم يجب التسليم كذا لو قال من خاط لي هذا الثوب فالظاهر انه يستحق بالعمل دون التسليم
(قلت) الاول خارج عن الفرض و به صرح في اللمعة والثاني جيد وقد قبل من له في باب الاحارة و يترتب
على ما قالوه انه ليس للعامل حشر العدل بما العوض لان الاستحقاق بالتسليم فلا يتقدم عليه (قوله)
❁ فلو جاء الى باب منزله فهرب ❁ اي لم يستحق شيئاً كما هو المفروض في كلامهم (قوله) ❁ او مات
لم يستحق شيئاً ❁ كما في التذكرة والمالك وان كان بداره كما في الروضة وزاد في الاول ما اذا عصبه
عاصب (قوله) ❁ ويحتمل الاستحقاق مع الموت بالنسبة ❁ هذا هو الأقوى كما في الايضاح لان
المانع ليس من قبله وان رد الممكن عادة قد حصل وتسليمه من الموت ليس داخل تحت قدرة البشر وكأنه
ميل اليه في جامع المقاصد والروضة وفي المسالك ان الفرق ضعيف لا شترهما في مقتضي اذ لا دخل في ذلك
لاستحقاق الجمل بل العمل المخصوص المتني في صورتين (قوله) ❁ ويعمل بالتأخر من الجمالتين سواء
زادت او نقصت قبل التلبس والا فبالنسبة ❁ قد صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والبصرة
واللمعة وجامع المقاصد والمالك والروضة وجمع البرهان بانه يعمل بالتأخر من الجمالتين وقد قيد ذلك في
التذكرة واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع البرهان بما اذا سمع العامل الجمالتين وهو مراد من اطلق
وفي اللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة انه لو سمع احدهما خاصة فالعبرة بما سمعه لا غير ومعناه انه اذا
سمع الاولى خاصة استحق الجمل الاول وقال في التذكرة انه لو لم يسمع العامل الجمالة الاخرة فلا بأس
بالرجوع الى اجرة المثل ويأتي تحقيق الحال وقيد ذلك ايضا في التذكرة وجامع المقاصد والمسالك
والروضة وجمع البرهان بما اذا سمع الثانية قبل الشروع في العمل كالكتاب واما اذا سمع الثانية بعد
الشروع في العمل ففي الكتاب وجامع المقاصد والمسالك والروضة ان له من الاولى بنسبة
ما عمل الى الجميع وفي الثالثة الاخرة ان له من الثانية بنسبة الباقي على اشكال في ذلك لجامع

ولو حصلت الضالة في يد انسان قبل الجعل وجب دفعها الى مالكها ولا شيء له « متن »

المقاصد والمسالك يأتي بيانه ودفعه وفي التذكرة انه اذا سمع الثانية بعد الشروع في الاولى فالاقرب الرجوع الى اجرة المثل لان الجمالة الثانية فسخ الاولى والفسخ في انتهاء العمل يفضي الى اجرة المثل وله يفرق المصنف في الكتاب والتذكرة والتحريم والمحقق في الترائم بين ما اذا زادت الجمالة الثانية او نقصت وهو قضية اطلاق الباقيين واطلاق الجميع شامل لما اذا كانتا مطلقتين او الثانية مقيدة بالزمان او ان كان وهو محمول على ما اذا كانتا مطلقتين اما مع التقييد فلا بد من التفصيل الا في هذا تحرير كلام الاصحاب (ونقيح البحث) ان يقال كما يجوز فسخ المالك لاصل الجمالة وابطالها رأساً يجوز في قيودها من صفات اجعل بازياة والنقصان والجنس والموصف والمكان والزمان قبل التلبس بالعمل وبعده قبل اكمله فاذا عقب الجمالة على عمل معين باخرى وزاد او نقص فقد ابطال الاولى وجعل بدلها الاخرى فان كان قبل ان يشترع في العمل عمل بالاخيرة وان كان قد سعى العامل في الرد من دون ان يتسلم الضالة او العبد ذهب سعيه ضياعاً بلا احرة لان العمل هنا الرد والذهاب ليس منه نفسه وانما هو من مقدماته فكان كأنه لم يسمع وان كان بعد الشروع في العمل كأن كان حاط بعض الثوب الذي قد جعل عليه اولامائة مثلاً ثم جعل عليه ثانياً عشرة فقد سمعت ما في التذكرة من انه يرجع الى اجرة المثل فيما عمل وعرفت وجهه (وفيه) ما نعلمه مثله من انه اذا (قد خ) اقدم على المسمى فليستحق بالنسبة منه فلا يتبعه الرجوع الى احرة المثل خصوصاً اذا كانت ازيد منه نعم لو قيل بتبوت اقل الامرين من اجرة المثل ونسبته الى المسمى كان وجهها في الجملة والمصنف في الكتاب ومن وافقه قالوا له من المانة نسبة ما عمل قبل الجمالة الثانية لان ذلك رجوع عن الاولى وهو من جهة المالك فيجب عليه ذلك كما تقدم وان كان قد عمل ايضاً بعد سماعه الثانية فله من الثانية بنسبة الباقي اذا اكل العمل (لكن) في هذا اشكال ينشأ من انه اما جعل الجعل الثاني على مجموع العمل ولم يحصل والعامل عالم بالحال فكان عمله بعد سماعه الثانية واقماً بدون عوض مبذول من المالك في مقابلته لان الجمالة لا تقابل بالاجزاء الا في مواضع فنفرض هذا فيما اذا قبض العبد في بلاد نائية وسمع الجمالة الثانية بالقرب الذي ذكرناه آنفاً في دفع ما استكمل على المحقق الثاني فلا تكون هذه الجمالة مما تقابل بالاجزاء (ويحاج) عنه على ما فيه مما لا يخفى بانه عمل عملاً وقد اتمه بأمر المالك بالمعوض الذي عينه ولا سبيل الى اجرة المثل لان العوض معين ولا الى مجموع الجعل الثاني لانه لم يعمل مجموع العمل بعد الامر به فلا ناص عن التوزيع وهذا كله اذا كان قد سمع الجمالتين اما لو سمع احدهما خاصة فانه يستحق الجعل فيما سمعه كما عرفت وقد سمعت ما في التذكرة واما اذا كانت الثانية مخافة للاولى في الزمان والمكان كما اذا كان قد قال من رد عهدي يوم الجمعة فله مائة ثم قال من رده يوم السبت فله دينار او قال من رد عهدي من السام فله مائة او من بغداد فله دينار فالظاهر عدم المنافة فيلزم ما عين لكل واحد من الوصفين من عمل فيه وكذا لو كانت الاولى مطلقة والثانية مقيدة بزمان او مكان وكان جعل الاولى اقل وان كانت الثانية اقل احتمل الرجوع وان يحسم المطلق على غير صورة المتقيد فليلاحظ ذلك كله وليتأمل فيه لان الاصحاب اطلقوا واعلموا خطباً ان المتبداً في العرف الرجوع عن الاولى وابطالها رأساً (قوله) ❁ ولو حصلت الضالة في يد انسان قبل الجعل وجب دفعها الى مالكها ولا شيء له ❁ كما في الترائم والتحريم والارشاد وكذا ايضاً في التذكرة وجامع المقاصد لكن لم يذكر فيها وجوب الدفع ولعله لانه لا يجب وانما يجب الاعلام والتخليع ولعل المصنف والمحقق اراد به الاد او اعلام المالك والتخليع (وكيف كان) فقد نسب انه لا شيء له اذا حصل في يده قبل الجعل في التذكرة الى اكثر علاننا وقواته وانما ذكر ما نسب اليه في جامع المقاصد والمالك والكفاية من التفصيل فيما اذا قل من رد علي مالي فله كذا فرد من كان المال في يده قال نظرفان كن في رده من يده مزيد كلفة وموثة كالعبد الا بقى استحق العمل وان يمكن كالدراهم

وكذا المتبرع سواء عرف برد الأبق أولاً وسواء جعل المالك وقصد العامل التبرع أو لم يجعل
وان لم يقصد التبرع ولو بذل جعلاً غير معين كقوله من رد عبدي فله شيء لزمه اجرة المثل، الا
في رد الأبق أو البعير ففي رده من المصر دينار ومن غير مصره أربعة دنائير وان نقصت قيمة
العبد أو البعير فاشكال « متن »

والدنائير فلا لأن مالا كلفة فيه لا يقابل بالعوض كما تقدم ولعل ذلك منهم لاتحاد الطريق وقد استوجبه المحقق
الثاني وفيه نظر ظاهر (والوجه) فيما ذكر في الكتاب وما وافقه ان الدفع واجب عليه حينئذ فلا يستحق اجراً
عليه اذ لا جعل على الواجب ولا عمل بالاذن يستحق به وظاهر الكفاية التوقف وكذا مجمع البرهان وهو في
محله والظاهر ان الدلالة لا تجب عليه اذا لم تكن في يده الا اذا كان من باب الاستدعاء للشهادة كأن يقول
من كان عنده شهادة فليشهد او كان من باب الامر بالمعروف والنهي عن المنكر كأن يكون من حصل المال في
يده عالمًا بانه ايسر له ويريد اكله واتلافه وبدون ذلك لا يجب ومنه يعلم حال ما في العبارة وكلام المحقق
الثاني وما تقدم فيما اذا قال من دلي والجعل بفتح الجيم واسكان العين الايتان بصيغة الجمالة (قوله) ﴿ وكذا
المتبرع سواء عرف برد الأبق أولاً وسواء جعل المالك وقصد العامل التبرع او لم يجعل وان لم يقصد التبرع ﴾
هذا تقدم الكلام فيه في اول الباب وقلنا ان التخيّن وابن حمزة يقولون بان من رد العبد أو البعير استحق
من غير شرط وبأقواله نفع تام في ذلك في موضعين وقد جعل المصنف في العبارة المتبرع على اقسام فلتلاحظ
(وقد يقال) ان في العبارة مناقشة لان هذا الوصل لا يتضح اندراجها في قوله وكذا المتبرع لان المتبادر من
الترفع قد يخالف من لم يقصد التبرع الا ان يقال ان من لم يقصد واحداً من الامرين مترفع فيكون من جملة
افراد المترفع كذا قال في جامع المقاصد وقد يكون اراد بيان انه اذا لم يجعل المالك سواء استدعى ام لم يستدع
وقصد العامل الاجرة يكون مترفعاً حكماً وان لم يقصد التبرع كما يأتي في كلام المصنف على اشكال له
فيما اذا استدعى عبارة الكتاب عين عبارة التذكرة حرفاً فحرفاً (قوله) ﴿ ولو بذل جعلاً غير معين
كقوله من رد عبدي فله شيء لزمه اجرة المثل الا في رد الأبق أو البعير ففي رده من المصر دينار ومن غير
مصره اربعة دنائير وان نقصت قيمة العبد أو البعير فاشكال ﴾ اما انه يلزم به اجرة المثل فيما اذا كان العوض
مجهولاً في غير الأبق والبعير فقد حكم عليه الاجماع في الدروس قال فان كان مجهولاً فاجرة المثل قولاً واحداً
كما تقدم بيانه واما ان في رد العبد الأبق من المصر الذي فيه مالكة دينار ومن حارجه اربعة دنائير اذا بذل
المالك الحفل ولم يعينه وهو قضية كلام المقتنة والنهاية والوسيلة بالاولوية وهو قضية المنقول في المختلف من
كلام القاضي لمن تأمله غير مستعجل وهو الذي فهمه منه في المختلف كما ستسمعه وصرح السرائر والسرائع
والنافع والتذكرة والارشاد والتبصرة والمختلف والمقتصر وجامع المقاصد وهو خيرة الدروس لانه قال اذا لم
يذكر عوضاً و امر بآرد فالاولى العمل باقدر في الرواية فبالاولى بان يعمل بالمقدر فيها اذا امر وذكر العوض
مبهما (وهو المشهور) كما في النافع والمختلف والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية والمفاتيح وفي الرياض ان
التمهيد بها عظيمة قديمة ومنأخرة وفي المهذب البارع والمقتصر ان الرواية ضعيفة لكنها تأييدت بعمل
الاصحاب وشهرتها في كتبهم حتى صار العمل بها وبما الحق بها قريباً من الاجماع واختص الاخير بالاخيرة
وفي المختلف انه قول من عدى التخيّن وظاهره الاجماع من غيرهما قال وقول الباقي يدل على عدم الاستحقاق
الا ان يجعل جعلاً مطلقاً والقاضي من الباقي وفي الشرائع ان العمل على الرواية وهذا يشعر بالاجماع وفي غاية
المراعاة نسبتها الى المتأخرين كافة وقد عمل بها ابن ادريس الذي لا يعمل الا بالقطعيات وجعل ذلك عرفاً
للشرع و اشار في انشاء كلامه الى انه مقطوع به موظف من الشارع وقال في الخلاف ان اصحابنا رويوا انه ان

ردّ العبد الآبق من خارج البلد استحق الاجرة اربعين درهماً وان كان من البلد فمئسة دراهم وقال دليشا اجماع الفرقه واخبارهم كما تقدم نقل كلامه برمته في اول الباب وقال في المقتعة بذلك ثبتت السنة عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم فأتى بلفظ ثبت دون وردت وقال في المبسوط قد روى اصحابنا في ردّ عبد اربعين درهماً قيمتها اربعة دنانير وهذه الاخبار المرسله في المقتعة والخلاف والمبسوط مرسله في السرائر ايضاً وقال ان ذلك موظف من الشرع وقال ايضاً الاخبار وردت في العبد وهو يدل على ان هذا اخباراً وهي خبر مجمع عن الصادق عليه السلام ان النبي صلى الله عليه وآله وسلم جعل في الابق ديناراً اذا وحد في مصره وفي غير مصره اربعة دنانير لان الخبر يذكّر فيه سوى الدينار والاربعه دنانير والاخبار المرسله في الكتب الاربعه قد ذكر فيها الاربعون درهماً والمئسة دراهم فكانت غيرهما وارسلها يسبحر بالثمنه مع تعاضدها وتبوتها والقطع بها عند المنقذ وابن ادريس عن الظاهر منهما وما يحكيه الفقيه كما يرويه فكانت حجة اخرى (والمخالف في ذلك الشيخ في المبسوط وكاشف الرموز فقالا انه يستحق اجرة المثل وقال في المبسوط لان العقد فاسد وبه قال او اليه مال في الروضة لكن المصنف في المختلف فيما يأتي احتمل من كلام المبسوط الموافقة المشهور واحتمل من اجرة المثل ما قرره السارح وهو بعيد واتمسك قال لا يستحق شيئاً لا يحمل صاحبه وسببه الى الميسر والسرائر وفي المسالك ان الاصح الاعراض عن هذا احكاماً اصلاً لضعف الدند واحتلام الاصحاب في الحكم على وجه لا يجبر ضعفه الى قواعدهم واستوجه صاحب الكفاية (قلت) من قواعده ان التهره تجبر الضعف وهي معلومة ومنقوله منهما ومن غيرهما معتمدة بما يظهر من جماعة من دعوى الاحماع ومولانا الاردبيسي لم يبارح خطه التامل في المقام والمختلف في التحرير استحسّن حمل الشيخ رواية مجمع الى افضل فيما اذا بذل جعلاً غير معين وكل ذلك في غير محله وقد شأ من ضعف التبع وقلة التامل في كلام الاصحاب ويرسد الى ذلك ما وقع لم من العلط في النقل فكاتب ارموز حتى عن المبسوط وابن ادريس انه لا يستحق شيئاً الا يحمل صاحبه ثم قال والاشبه انه يستحق اجرة المثل لانه اقرب الى العدل وهو سابط فصلاً لانهما اما ذلك فيما اذا جاء بالعبد الابق والفضالة والنقطة من غير حمل اصلاً معترعين بالعميد في المقتعة او مبلين كلامه على ما اذا بذل جعلاً غير معين واحتمل ان يكون اراد يحمل صاحبه فيما حكامه عنهما ما اذا بذل جعلاً غير معين او معيناً يدفعه قوله والاشبه الخ لان الشيخ يذهب فيما اذا كان غير معين الى اجرة المثل وابن ادريس الى الدينار والاربعه فلم يتفقا ايضاً على قول واحد فيتمين انه ارا يحمل صاحبه اجعل اربعين وهو سابط ومنه يظهر لك غلط الفاضل المتعدد وسببنا صاحب الرياض حكى عن الدروس انه سبب العمل بالمقدّر في الرواية الى المتأخرين والمندوب فيه الى المتأخرين انه لا سبي للعامل اذا اتى بالعبد ابتداء من دون حمل اصلاً فالنسبة اليه وهم قطعاً وقد تضمنت جملة من عباراتهم تقدير الدينار بمئسة دراهم كالمقتعة والنهاية والاحلاف والمبسوط والسرائر والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد والمقدس الاردبيسي لما لم يرسو عبارة الارشاد والتذكرة قال لا وجه لتقريره بذلك لانه غير موجود في الرواية وما رأيت في موضع آخر سوى اثنين والتذكرة وقد عرفت ان بذلك اخباراً مرسله واجمّة متقوّلاً في اخلاف فتأمل فضلاً عن اسباقهم على تقديره بذلك في باب الديات (ولافرق في العبد بين الصغير والكبير والمسلم والكافر والصحيح والمعيّب ولا يبعدى الى الامة كما نص عليه في السرائر وغيرها قال في السرائر لان الاخبار وردت في العبد والانتى يقال لها عبدة وأمة واما البعير فقد سمعت ما في المقتصر من ان الحاقه بالآبق قريب من الاجماع وسه في المذهب الى كثير من تأخر عن عصر الشيخين وفي جامع المقاصد الى الاصحاب وفي المختلف وجمع البرهان انه المشهور ودليله الاخبار المرسله الموضعه من الشرع كما في السرائر مع انه لا يعمل الا ان يكون قاطعاً والاخبار المرسله في المقتعة الثالثة عنده فضلاً عن النهاية التي هي متون الاخبار كما صرح به في خطبة الميسر ويحجر الارسال الشهيرة المخكية مضافاً الى ما في المقتصر ولا اقل من ان يفيدنا شهرة مضافاً الى تبوت ذلك عند المنقذ وابن ادريس والقطع بها عندهما على الظاهر

ولو استدعى الرد ولم يذل اجرة فالرأى متبرع على اشكال اقرب به ذلك ان استدعى مجانا ولو جعل لفعل فصدر عن جماعة تشاركو فيه « متن »

منها ولا يصدر بعد هذا كله قول المحقق في الشرائع والمصنف في التذكرة وغيرهما بعدم الظفر بالدليل على ذلك مع ان المصنف حكم به هنا وفي الارشاد والتبصرة ومال اليه او توقف في المختلف ولا يفرق في البعير بين الصغير والكبير والذكر والانثى لانه بمنزلة الانسان كما في السرائر وغيرها (واما) الاشكال فيما اذا قسرت قيمتها عن الدينار والاربعة في دفعه اطلاق خبر مسمع والاختبار المرسل في الكتب الاربعة واجماع اختلاف في العبد واطلاق الاخبار المرسل في الكتابين في البعير واطلاق الفتاوى والشهادات فيهما فان ذلك يقضي بعدم الفرق في وجوب المقدر بين نقصانه عن قيمتها وعدمه كما هو خيرة الشرائع والارشاد وكذا التحرير وهو قضية كلام السرائر او صريحها ذكره في اثناء كلام له وعن الصيرى ان الاطلاق هو المشهور الا ان نقول ان الاطلاق ينصرف الى الغالب لا النادر مضافاً الى عدم الفائدة للمالك (وفيه) ان ذلك حق بالنسبة الى اطلاق الاخبار لا الفتاوى لانها قيود حتى ان مفهوم القرب فيها معتبر متدبر فيمكن جعل الشهرة المحكية قرينة على ارادة الفرد النادر (وفيه نظر) بل قد يمنع ان ذلك نادر اذ كانا يشملان الصغير والكبير والصحيح والمعيب والفائدة في العبد ظاهرة لان فيه صيانة له عن الرجوع الى الكفار والرد الى دينهم وتقويتهم به وبأني الاخير في البعير (سئلنا) ان هذا الفرد خارج عن اطلاق النص فنجب حينئذ اجرة المثل لانه عمل محترمه له عوض ولم يعينه انالك لكنه يشكل لو زادت اجرة المثل على المقدر شرعاً فينبغي ان يكون محل التخصيص ما اذا زاد المقدر عن اجرة المثل والا وجب المقدر لا تنفاه المتأني حينئذ ولعله لذلك اختير في الايضاح ان الواجب اقل الامرين من اجرة المثل والمقدر شرعاً وفي الروضة انه يثبت اقل الامرين من قيمته والمقدر شرعاً (قوله) ﴿ ولو استدعى الرد ولم يذل اجرة فالرأى متبرع ﴾ اي لاشي له كما هو خيرة الشرائع والارشاد والتحرير وكذا مجمع البرهان وهو قضية كلام المصنف لعدم التزامه بالاجرة والاصل براءة ذمته منها وطلبه اعم من كونه باجرة ومجاناً فلا يجب عليه شيء لان العامل حينئذ متبرع حيث اقدم من غير بذل ويشهد له ما قاله في التذكرة لمن قال اعط فلاناً الفاقفعل من انه لا يرجع وكذا لو قال اعطني او اتى متاعك حتى يقول عني في الاولين وعلي ضمانته في الثالث واختير في التذكرة والمسالك والكفاية وكذا الايضاح والكتاب لمكان مفهوم الشرط الاتي ان عليه الجمل لانه عمل بالامر والفرض ان لمثله اجرة كما ذكرنا ذلك فيمن امر غيره بعمل له اجرة فنجب الاجرة ما لم يعرض بالتبرع او يقصده العامل وهذا يقضي بالفرق بين قوله رد عبي وقوله من يرد عبي وقالوا فيمن امر غيره بالشراء واداء ثمنه انه يلزمه العوض وقالوا فيمن ضمن بسوءه وادى انه يرجع وقد حكى عليه الاجماع في سبعة كتب صريحاً وظاهراً وورد به خبران وما اختلف فيه اثنان وقوى في جامع المقاصد فيما نحن فيه انه ان دلت العادة على الاجرة في مثل هذا الفعل حمل الاطلاق عليه والا فلا وتام الكلام في باب الضمان وفي الدروس ان الاولى العمل بالمقدر في الرواية وما ندرى ماذا يقول في غير العبد ولعله يقول باجرة المثل وقد تسالموا جميعاً على خلاف المنفعة والنهاية والوسيلة كما مر (قوله) ﴿ على اشكال اقرب به ذلك ان استدعى مجانا ﴾ قد ظهر من الاستدلال للاقوال وجهها الاشكال وانما هو فيما اذا استدعى الرد ولم يشترط اجرة ولا عدماً فالاستدعاء مجاناً خارج عن محل النزاع لكن مفهوم الشرط يدل على الاستحقاق في محل النزاع كما نبهنا عليه آنفاً (قوله) ﴿ ولو جعل لفعل فصدر عن جماعة تشاركو فيه ﴾ كأن قال من رد عبي فله كذا فان رده واحد كان له الجمل فان رده اثنان كان بينهما فان رده جماعة كان بينهم بالسوية ان تساوا وقلنا ان الرد لا يقبل الاختلاف كما سيأتي لصدق لفظة من على كل واحدة من هذه المراتب وبه صريح في المبسوط والشرائع والتذكرة

ولو صدر عن كل منهم فعل تام فلكل جعل كامل ولو جعل لكل من الثلاثة على الرد جملا متفاوتا فمن جاء به منهم فله ما عينه له ولو جاء به اثنان فلكل نصف جعله ولو جاء به الثلاثة فلكل ثلث جعله وكذا لو عين لاحدهم وجهل لغيره فللمعين بنسبة عمله من المسمى وللآخر بنسبة عمله من اجرة المثل ولو عين لواحد فتبرع اخر معه فللمعين النصف ولا شيء للتبرع " متن "

والتحريز والارشاد والبصرة والممة وجمع المنة صد والروضة وجمع البرهان والكفاية ونظير الرد من نقيب هذا السور فله كذا فنقبه ثلثة نقبا واحدا ولو قال جماعة ان ردته عبيدي فلكم كذا فردوه فاجعل بينهم يوزع على قدر العمل او على الرؤوس ان كان لا يقبل الاختلاف (قوله) ولو صد عن كل منهم فعل تام فلكل جعل كامل كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحريز والارشاد والبصرة والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية وفي المختلف انه المشهور ان قل من دخل الدار فله دينار فدخلها جماعة استحق كل واحد منهم دينارا لان كل واحد منهم قد صدر عنه دخول كامل كدخول المنفرد والفرق بينهم وبين الاول واضح لان الجعل في الاول من صدر عنه الرد مستقلا منفردا واحدا كان او متعددا او الرد لا يبعد واندي صدر عنه الرد بالاستقلال انما هو الجماعة ولم يصدر عن فرد واحد منهم ولا كذلك دخول الدار لكن لا بد من غاية معتد بها في الجعل في دخول الدار والا لم يصح ونظيره من رد عبيد من عبيدي في دينار فرد كل واحد عبدا هذا اذا كان الجعل امرا كافي فيه تشخيص مثل ان قال من دخل داري فله هذا العبد فدخل جماعة اشتركوا فيه اذا دخلوا دفعة وبفرد به الاول فقط مع الترتيب لانه احده فله العبد المحسوب ولا جعل للثاني واما فيما عدى المثال فلا فرق بين ان يدخلوا دفعة او متعاقبين واحتمل في المختلف السابري في مسأله الكتاب فيستحق الداخلون كلهم دينارا واحدا لانه المبدول المعموم يقتضي التسوية لا لزيادة على المبدول (قوله) ولو جعل لكل واحد من الثلاثة على الرد جملا متفاوتا فمن جاء به منهم فله ما عينه له ولو جاء به اثنان فلكل نصف جعله ولو جاء به الثلاثة فلكل ثلث جعله كما في المبسوط والسلسلة والشرائع والتذكرة والتحريز والارشاد والممة والمسالك والروضة وجمع البرهان والكفاية وهذا اذا كان الفعل لا يقبل الاختلاف كما اذا قال لو جاء به اثنان فلكل ثلث جعله خاصة ولو رد اثنان كان لكل واحد منهما نصف ما جعله له ولو رد الثلاثة كان لكل واحد ثلث ما جعله له اذا عمل كل واحد من الثلاثة لنفسه اما لو قال احدهم اغتصحت صاحبي فلا شيء له ولكل واحد منهما نصف ما شرطت ولو قال اثنان عملا لامة صاحبتا فلا شيء لهما وله جميع ما شرطت له ولو اعانهم رابع في الرد فلا شيء له ثم ان قال قصدت العمل لثالث فلكل واحد من الثلاثة ربع ما جعل له وسينبه المصنف على بعض ذلك وستسمع ما في التحريز وغيره وان كان الفعل يقبل الاختلاف خياطة الثوب فخاطه ثلثة فلكل واحد منهم بنسبة ما عمل الى مجموع العمل بما عين له وكذلك الحال لو كانت اجرتهم متفقة متساوية كما في المبسوط والشرائع والتحريز والارشاد وجمع البرهان سواء كان مقينا للكل او غير معين لهم فيكون المدار على اجرة المثل كما يأتي في كلام المصنف او مقينا لبعض دون آخر فيكون له اجرة المثل بالنسبة الى عمله وهو ثلثها وللمعين له ثلث جعله الذي عين له (قوله) وكذا لو عين لاحدهم وجهل لغيره فللمعين بنسبة عمله من المسمى وللآخر بنسبة عمله من اجرة المثل كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحريز والارشاد والممة والروضة وحكمه واضح وقد ادرجناه فيما سبق ولو كان العمل يختلف باختلاف الأشخاص فلم يبين له بنسبة عمله من اجرة المثل سواء زاد عن الثلث ام نقص (قوله) ولو عين لواحد فتبرع آخر

ولو قصد الثاني اعانة العامل فللعامل الجميع ولو قصد اجرة لنفسه فهو متبرع ولو جعل للرد من مسافة فرد من بعضها فله من الجمل بنسبة المسافة ولورد من ابعد لم يستحق ازيد بل المسمى ان دخل الاقل دون ضد الجهة على الأقوى ولو لم يجده في المعين فاشكال . والقول قول المالك مع النيين في شرط اصل الجمل وشرطه في عبد معين « متن »

معه فلمعين النصف ولا شيء للتبرع ❀ كما في الشرائع والتذكرة والارشاد والمختلف اذا قصد المتبرع العمل لنفسه او للمالك كما في التذكرة والكتاب فيما يأتي والمسالك ومجمع البرهان وكذا التحرير وفي الدروس ما قابل عمله وفي الكتب الستة انه لو قصد مساعدة العامل فالجميع للعامل (قلت) هذا يتم اذا لم يكن شرط عليه العمل بنفسه واحتمل في التحرير ان له النصف ايضا هنا وحكي في الدروس والمسالك عن المصنف قولاً باستحقاق العامل الجميع حيث يشاركه الاجنبي لانبية مساعدته ولم نجده له (هذا) وقد يقال انه حيث يشاركه الاجنبي لانبية مساعدته لا يستحق العامل شيئاً لان كان اربط بقواعد الجمالة لان العامل لا يستحق الا بتمام العمل ولم يحصل مع المساعدة قتال وقال في المبسوط انه اي المتبرع يستحق نصف اجرة المثل وفي الشرائع انه بعيد وفي المسالك ان ضعفه واضح لانه لو استقل بالفعل لم يستحق شيئاً اجماعاً لتبرعه بالعمل فكيف يستحق مع المشاركة (قلت) الشيخ في المبسوط قال ما نصه انه لا يستحق شيئاً وعلى ما قلناه يستحق نصف اجرة المثل انتهى واحتمل في المختلف حمل قوله على ما قلناه الى آخره على ان من رد العبد فله ما عين وجعل ذلك عاماً مع الجمالة والاطلاق وجعل اجرة المثل ما قرره الشارع وهذا هو ما اشرنا اليه فيما سلف من ان الشيخ ليس مخالفاً للمشهور الذين عملوا بخبر مسمع (قوله) ❀ ولو قصد الثاني اعانة العامل فللعامل الجميع ولو قصد اجرة نفسه فهو متبرع ❀ قد تقدم الكلام فيهما (قوله) ❀ ولو جعل للرد من مسافة فرد من بعضها فله من الجمل بنسبة المسافة ❀ كما في الشرائع والارشاد والدروس وهو معنى ما في المبسوط والوسيلة والتذكرة من قولم فان رده من نصف الطريق فله نصف الجمل وهكذا وفي المسالك نسبته الى الاصحاب وغيرهم من غير نقل خلاف والوجه نسبة اجرة ما عمل الى الاجرة اجمع لا اعتبار (لا باعتبار خ ل) المسافة خاصة كما في المختلف وكيف كان فلا يخلو من نظر على قاعدة الجمالة كما في المسالك ومجمع البرهان (قلت) لانه ما فعل ما ضرب الجمل عليه لانه انما ضربه على الرد من بغداد مثلاً ولا يلزم منه ضرب جزئه لبعض الطريق وقد يكون الغرض متعلقاً برده من بغداد وكما لا يستحق اجرة لما زاد عن بغداد كما يأتي لا يستحق لما نقص الا ان يكون هناك قرينة دالة على ان المطلوب الرد مع الاجرة وانما المعين للبعد لا غير فيستحق تمام الاجرة في الابد وبالنسبة فيما دون كما في مجمع البرهان (قوله) ❀ ولورده من ابعد لم يستحق ازيد ❀ كما في التذكرة والتحرير والمسالك ومجمع البرهان لان المالك لم يلتزمه فكان متبرعاً (قوله) ❀ بل المسمى ان دخل الاقل دون ضد الجهة على الأقوى ❀ كما في التذكرة والايضاح وجامع المقاصد وان كان ابعد لان المراد بضد الجهة ما لم يدخل فيه المعين لانه لم يجعل في رده من غيره شيئاً فلا شيء له فكان كما لو جعل على رد شيء فرد غيره بل قد نقول فيما اذا دخل الاقل ان لا شيء له كما تقدم من (مع خ ل) ان الغرض قد يكون متعلقاً برده من خصوص بغداد ومع القرينة يتم في مسألة الضد ايضا واما غير الأقوى فهو احتمال وجوب اجرة المثل لمكان الامر بالرد وضعف بان الامر كذلك لا يقتضي كون الرد من ضد الجهة مأذوناً فيه (قوله) ❀ ولو لم يجده في المعين فاشكال ❀ اقواء واحصه ان لا شيء له كما في الايضاح وجامع المقاصد لمكان انتفاء المحمول عليه والوجه الآخر ينشأ من انه أمر بالرد في الجملة فيستحق اجرة المثل وقد عرفت الحال (قوله) ❀ والقول قول المالك في شرط اصل الجمل وشرطه في عبد معين ❀

نفي ما يدعيه العامل فلا اشكال في فائدة اليمين على تقدير مساواة ما يعترف به المالك لاجرة المثل او زيادته عليها وهو قول نجر الاسلام في الايضاح (الرابع) انهما يتخالفان لان كل واحد مدع ومدعى عليه ولا ترجيح لاحدهما فيحلف كل منهما على نفي ما يدعيه الآخر وهو خيرة الكتّاب وجامع المقاصد واعترض بان العقد متفق عليه وانما الاختلاف في زيادة العوض ونقصانه فكان كالاختلاف في قدر الثمن في المبيع وقدر الاجرة في الاحارة والقدر الذي يدعيه المالك متفق على ثبوته منهما وانما الخلاف في الزائد فيقدم قبول منكره وقاعدة التحالف ان لا يجتمعا على شيء بل يكون كل منهما منكراً للجميع ما يدعيه الآخر ثم على تقدير التحالف يثبت ما ذكر في الكتّاب (الخامس) انه يقدم قول المالك والثابت يمينه ما يدعيه لا غيره وهو قول الشيخ نجيب الدين ابن نما وفي الدروس واللمعة والمسالك والروضة انه قوي لاصالة عدم الزائد مع اصل البرائة واتفاقهما على العقد المسخّص بالاجرة وانحصارها في دعواهما فاذا حلف المالك على نفي ما يدعيه العامل ثبت مدعاه افضية الحصر (والذي) يخطر بالبال انه يمكن ان يقال انه يمكن الجمع بين الاقوال حتى ترجع الى قولين لا غير التحالف وقول ابن نما لاننا نقول ان الاول يرجع الى الثاني لان النائل بثبوت اجرة المثل من المعلوم انه بقول ان ذلك اعما هو فيما اذا لم يكن ما يدعيه العامل اقل من اجرة المثل والا فلا يستحقها لاعترافه بعدم استحقاق ما زاد وبراءة المالك منها فكيف ثبت له اجرة المثل وهو ينفيها عن نفسه فكان معنى القول الاول على الغالب في احوال الناس من انه يدعي الزيادة كما هو واضح والقول الثاني يرجع الى الثالث لانه من المعلوم انه اذا كان ما يدعيه المالك اكثر من اجرة المثل فهو يعترف بان ذلك ثابت في ذمته للعامل والعامل لا ينكره فقد ثبت باتفاقهما فالتقال باقل الامرين من اجرة المثل وما يدعيه العامل قائل قطعاً باكثر الامرين من اجرة المثل وما يدعيه المالك وانما حرى في ذلك على الغالب والا فكيف ينفي ما اتفقا عليه وهو واضح ايضا والثالث يرجع الى الرابع لان كل من قال بثبوت اقل الامرين لا بد له وان يقول بالتحالف اذا لم يرض المالك باعطاء اجرة المثل (بيان ذلك) انه اذا ادعى العامل على المالك انه حمل له مائة فقال المالك جعلت لك خمسين لا غير فن قال انه ثبت للعامل يمين المالك اقل الامرين لا بد وان يقول انه اذا حلف انه لم يحمل له مائة لا يثبت للعامل اجرة المثل لو كانت ستين بمجرد يمين المالك اذ لعله صادق في دعواه انه خمسون ولعله اذا عرض عليه الحلف يقر او ينكل فلا بد له ان يقول انه اذا طلب المالك حلف العامل على انه ليس خمسين اجيب اليه فاذا حلف رجع الى الستين التي هي اجرة المثل لكن لما كان ذلك الى المالك فاذا كان باذلاً اجرة المثل وغرضه التخلص من المائة صح لم ان يقولوا ذلك واما اذا كان غير باذل ولا راض بذلك الا بحلف العامل على نفي الخمسين فانه يحلفه فترك الجماعة له لظهوره ولم يقولوا انه يجب عليه دفع اجرة المثل قهراً او حتماً والا فلو كان ما يدعيه العامل اقل من اجرة المثل لا معنى لحلف المالك ايضاً على الاقوال الاربعة فضلاً عن التحالف كان تكون اجرة المثل في المثال مائة وخمسين فكيف يكلف المالك الحلف على نفي المائة فللمدار في كلامهم على الغالب ويمكن توجيه هذا بان يقال ان المالك يريد ان يثبت ما ادعاه من ان الميزول خمسون فاذا حلف على نفي المائة وعرض الحلف على العامل على نفي الخمسين فله يمتنع وبقربانها انما هي خمسون لا غير فاذا حلف على نفي الخمسين ثبت له اجرة المثل مائة وخمسون لكن لما اعترف بانها مائة لم يصح له المطالبة بالمائة والخمسين (فان قلت) اذا زاد ما ادعاه المالك عن اجرة المثل وحلف على نفي الزائد الذي يدعيه العامل فلا معنى لحلف العامل على نفي ما يدعيه المالك (قلت) قد عرفت ان البناء في ذلك على الغالب فلا يحتاج الى الحلف او ان فائدته انقلو دفع له ذلك قبل التحالف لم يكن دفعه على طريق المؤاخذه له بظاهر اقراره فقط لان المالك يدعي ان هذا المقداره هو المسمى بالنسمية وبعد التحالف يتمحض الزائد لكونه مستحقاً بمجرد الاقرار والمؤاخذه وبعد هذا فكل منهما مكلف فيما بينه وبين الله عز وجل (وكيف كان) فقد بان الوجه في التحالف وان المدار فيه على رضى المالك وعدمه بل يمكن اجرائه على قاعدة التحالف ولهذا صورنا صورة الاختلاف فيما اذا قال جعلت كذا

ولو قال جعلت للرد من بغداد فقال العامل بل من البصرة قدم قول المالك ولو قال من رد عدي
فله دينار فرد أحدهما استحق نصف الجمل ان تساوى الفعلان « متن »

فقال بل جعلت كذا حتى يكون العقد الذي تحصى بالعوض الذي يدعيه المالك غير العقد الذي تحصى
بما يدعيه العامل ولكن الاختلاف فيه كالاختلاف في اجس وليتأمل جيداً اما اذا كانت صورة الاختلاف
بينهما اني استحق عليك كذا بسبب الفعل انفلائي فقال المالك بل كذا فانه يحلف لنفي الزائد ولا يمين من طرف
العامل فعلى ما صورناه يتعين اختلف اذا لم يرض المالك وسبب اجرة امتل ولى الصورة الثانية يشع قول ابن
نما ويرتفع الخلاف بالكلية كن في الفرق بين الصورتين طراً ظاهراً وم يتفقد الفرق بين ما يحس فيه
وبين الاختلاف في قدر امتل في المبيع والاحرة في الاحرة وتمم الكلام في الاحرة وذلك مولانا اقدس
الاردبيلي ان الله من اذا ادعى اجرة معينة وحلف المالك سقط حق العمل في الدنيا فلا وجه في انبت احرة
المثل قبل اختلف ولا عده قل لكن كلامهم يقتضي احرة امتل فالوجه غير ظاهر وقد عرفت وجهه بهذا
ولم يفرق بين الاختلاف في القدر والاختلاف في حاس في الشارع والتخريف والارشاد وكذا الايداع وبس
للحس ذكر في الخلاف والمنسوط فمسة القول فيه تقوية قول المالك الى الشيخ كما في المالك لعلم في غير محايها
وقد قوى في الدروس التحالف مع الاختلاف في الخمس وفي الروضة انه متع وان ساو يا قيمة وفي المالك
انه الاصح ونسب احرة المثل كأن قال العامل جعلت لي ديناراً او توب فقال المالك بل درهم او كذا لأن
كلاً منهما منكر لما يدعيه الآخر ليس هناك قدر يتفقان عليه وبخلافهما زاد عليه بل مجموع ما يدعيه
أحدهما يسكر الآخر وفي عدة التحالف معنى ما في الكتاب ينظر الى فيه اخس واحره امتل ويعلى
اقل الامرين الا ان تكون حرة امتل اقل مما ادعاه العامل او مساوية مع كونها اقل مما يدعيه العامل فيست
ذلك له ويجب على ادعاه اعطائها ولم يميز للعامل طلبها منه ولكن كيف يتصرف العامل فيما ادعى انه الاحرة
وكذا العامل في احرة المثل مع اعتقاده انه استحق العين الا ان نقول قد وقع الرضا بينهما بعد التحالف باحد
هذا بدل حقه زاد او نقص ويحيى الى قول ابن تيمية ما عينه المالك وليتأمل قوله () ولو قال جعلت
للرد من بغداد فقال العامل بل من البصرة قدم قول المالك () كما في الدروس وجامع المقاصد لان الاصل
برائة الذمة من وجوب الجمل ويعتقد باصل عده ما يدعيه العامل (قوله) () ولو قال من رد عدي فله
دينار فرد أحدهما استحق نصف الجمل ان تساوى الفعلان () كما في التذكرة وجامع المقاصد لان احراء
المعلم بقاى احراء عمل والا يتسوى الفعلان فبالسنة وقد ترك القيد في التحرير كما تركه بعض الشافعية
ولا تغفل عما تقدمه لك من التمل في ذلك (فروع الاول) قال في التذكرة الاقوى ان يد العامل بل ما يحصل
في يده اى ان يرد به امانة ما افق فيه بل نفي كنى النظر يقتضي ذلك لاصالة الالة وقال في الدروس
ان خبر السكوني وحيات بدلان عليه واحمر الساع في المعلقة فيه نفيعين قلت هي امانة مآلية كما تقدم في
باب الوديعة (الثاني) قال في التذكرة لو قال ان عمت ولدي او علمتني فللك كذا معلل البعض وامتنع من تعليل
الباقى فلا شيء له على اشكال وكذا لو كان الصبي بليداً لا يعلم على اشكال كما لو طلب المد لم يجده قال امامه
مات الصبي في اثناء التعليم فانه يستحق احراء ما علمه لوقوعه مسلماً بالتعليم بخلاف ما ابق فان تسبب العمل
بتسليم الاثر هنا ليس عليه لم الصبي ولا هو في يده ولو منعه امه فالجمل احرة المثل ما علم (اسالت)
لو قال ان خطت لي هذا القميص فللك درهم تحفظ بعضه فان تلف في يد احبب لم يستحق شيئاً وان تلف في
يد رب الثوب مد ما سلمه اليه استحق من الاحرة بنسبة ما عمل قال في جامع المقاصد في الفرق في هذه
المسألة ومسألة التعليم نظراً قلت (هذه الفروع لا تخلو من نظر يظهر مما تقدم في اول المطلب الثاني
(الرابع) قال في الدروس مؤنة امانة والعبد لى المالك على الاقوى وقل في جامع المقاصد وكذا ما يلزم

ولو مات الجاعل بعد الرد اخذ الجاعل من التركة ولو مات قبله فان لم يكن العامل قد عمل بطلت وكذا ا. كان قد عمل لكن يؤخذ من التركة بنسبة عمله ا كتاب الغصب وتوابعه ا «متن»

القراس ومحوه مما هو كالفقة كالتفا التي ان لم يذها ذهب المال او بعضه الذي هو از يد من المطلوب - لى المالك لانه ملكه ويد العامل كيد الوكيل (قوله) ❦ ولو مات الجاعل بعد الرد اخذ الجاعل من التركة ❦ كما هو واضح (قوله) ❦ ولو مات قبله فان لم يكن العامل قد عمل بطلت ❦ كما هو واضح ايضا لان العقود الحائزة تبطل بالموت (قوله) ❦ وكذا ان كان قد عمل لكن يؤخذ من التركة بنسبة عمله ❦ لان الفسخ ليس باختياره وما ادخل النقص لى نفسه فله اجرة ما عمل بالنسبة اما لو فـل بعد موت الجاعل فهو متبرع والظاهر ان له الاجرة مع عدم علمه بموته وعلم الوارث بالجأالة على انه لم يذهب على المالك والوارث تسي لان المفروض ان لعمله عوضاً : والحمد لله حمداً كثيراً كما هو اهله والشكر لله والشكر طوله وصلى الله لى خير خلقه محمد وآله الطاهرين

❦ كتاب الغصب وتوابعه ❦

قال في المسالك الغصب لعة اخذ الشيء ظلماً وقيل ظلماً جهاراً ا قلت ا ما زيد في القاموس وغيره على انه اخذ الشيء ظلماً نعم اخذه جهاراً معنى عرفي وقال ابن الاثير قد تكرر ذكر الغصب في الحديث وهو اخذ مال الغير ظلماً وعدواناً وبذلك فسر في الكتاب فيما يأتي والشرائع والنافع والارشاد والدروس واللمعة والفتاوى غير انه بدل الاخذ فيها بالاستقلال وسبه في المسالك الى الاكثر ووسمه في التذكرة مع تعاريف اخر تأتي بانه المشهور وفي التحرير والايضاح انه الاستيلاء على مال الغير بغير حق وقد وسمه في التذكرة بانه مشهور ايضا وقال في الايضاح للاصحاب فيه عبارتان وعبر عن العاريتين بهذين التعريفين وظاهره انه لا ثالث لها وخرج بالاستقلال ما لا اثبات فيه اصلاً كمنعه من ماله حتى تلف ومالا استقلال معه كوضع يده لى توبه الذي هو لابسـه وخرج بالمال الحر وخرج بمال الغير ما لو استقل بوضع يده على مال نفسه كبرهون في يد المرتين وبالعدوان اثبات المرتين والولي والوكيل والمستأجر والمستعير ايديهم على مال الراهن والمولى عليه والموكل والموجر (قيل) وينتقض في عكسه بما لو اشترك اثنان فضاء في غصب بحيث لم يستقل كل منهما باليد فلو ابدل الاستقلال بالاستيلاء لتسمله لصدق الاستيلاء مع المشاركة (وفيه) انه اهل المراد بالاستقلال عدم مشاركة المالك والمتصرف بالحق (قيل) وينتقض بالاستقلال باثبات اليد على حق الغير كالتهجير وحق المسجد والرباط ما لا يعد مالا (وقد يجاب) بانه ليس المراد بالمال هو عين مال المغصوب منه بل ما هو اعم او يقال انا نشك في كونه غصباً فانه يتر في الغصب جواز الرجوع والاسترداد مع بقاء المغصوب والضمان مع تلفه وذلك غير متحقق فيما نحن فيه اما المسجد والمدرسة والرباط فظاهر مع عدم بقاء رحله واما في التهجير فبعد احياء الثاني يشكك الرجوع (وقال) المعترض فلو ابدل المال بالحق لشمـل ذلك وابدال العدوان بغير حق في التعريف الثاني ليتناول من ترتب بده لى يد الغاصب جاهلاً ومن سكن دار غيره غلطاً او لبس ثوبه خطأ (ورد) بان هو لاء ضامنون وليسوا غاصبين لأن الغصب حرام كتاباً وسنة واجماعاً وعقلاً فلا يتناول غير العالم وان شاركه في بعض الاحكام ولعل التعدي والتفريط في الامانات يدخل تحت الغصب والظلم وما ذكر يعرف الحال في التعاريف الباقية في التبصرة والروضة وجمع البرهان والرباض انه الاستيلاء على حق الغير عدواناً وفي الكفاية والمفاتيح انه الاستيلاء على حق الغير بغير حق وفي الوسيلة انه الاحتواء على مال الغير بغير تراض ومثله ما حكاه في التذكرة وقال انه المشهور ايضا وهو الاستيلاء على مال الغير وقال سيف النقيح ان الفقهاء يطبقون الغصب على ما ذكر في النافع وعلى ما يشبهه من المضمونات اما بالاتلاف مباشرة او

وفيه مقاصد (الاول) في الغصب وفيه مطلقان (الاول) في الضمان واركانه ثلاثة (الاول) الموجب وهو ثلاثة (الاول) التفويت بالباشرة وهو إيجاد علة التلف كالقتل والاكل والاحراق (الثاني) التسبب وهو إيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلة اخرى اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر وفتح رأس الظرف والمكره على الاتلاف « متن »

ناتق الاحوال فيصم العبد قيمته وان رادت عن دية الحر وتكلف فيما اذا تلف المثل بالمثل وان تصاعفت قيمته ولم يحددهم كلعوه بالاشتق الا في مواضع قليلة كما ستعرف واما الضمان في العالط وما ذكرناه معه فما لا خلاف فيه سواء كانت عصا او لم تكن فليس لعلها عصباً حكم رائد وليس كل عصباً مما مكلفا ناشق الاحوال فليتأمل في ذلك كله فلا يطرأ عليه محال واسع لكن هذا أقصى ما يمكن ان يقال (قوله)  وفيه مقاصد الاول الغصب وفيه مطلقان الاول في الضمان واركانه ثلاثة الاول الموجب وهو ثلاثة الاول التفويت بالباشرة وهي إيجاد علة التلف كالقتل والاكل والاحراق الثاني التسبب وهو إيجاد ما يحصل التلف عنه اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة كالحافر وفتح رأس الظرف والمكره على الاتلاف  المراد بالموجب الموجب الذي هو اعتم من العصب كالرعي بالسهم فانه موجب للضمان ولا يعد عصباً لان الاسباب التي حرت العادة بالبحث عنها في باب الغصب ثلاثة التفويت بالباشرة والتفويت بالتسبب واتاب اليد العادية وهو الغصب وفي عبارة الارشاد وفي الثالث مسامحة وعلى هذا اقتصر جماعة وقيمت اسباب اخرى تأتي في انشاء الباب كالاستيلاء والاستعارة وقد عرفت المصنف هنا والتبديد في الدروس وغيرهما المباشرة بانها إيجاد علة التلف (قلت) لان الذي يضاف اليه التلف في العادة اضافة حقيقية يسمى علة والاتيان به مأسرة وقد عرف المصنف العلة في باب القصاص بانها ما يستند العمل اليها ومما معنى من غير نظر الى التلازم بين العلة والمعلول كما يشهد به قطعهم وحبوب القصاص فيما اذا ضرب به بما لا يقتل غالباً اذا قصد القتل فانه علة مع عدم التلازم وقد عرفت التسبب هنا مما سمعت ومثله ما في التحرير وهو يوافق كلامه في باب الدييات كما ستسمع ولعله احتذر بقوله اذا كان السبب مما يقصد لتوقع تلك العلة عما اذا كان حدوث المقتضي للتلف على تقدير ذلك العمل نادراً فانه لا يعد سبباً واراد بقصده كون شأنه ان يحصل لا ان يقصد كما يتوهم وعرف في الارشاد والدروس بانه إيجاد ملزم العلة وقال في غاية المراد التسبب كمن مأسره الفقهاء إيجاد ملزم العلة قاصداً لتوقع تلك العلة وظاهر الجمع ان التعريف من اجماع وقال وممن من مأسره منه فعل ما يحصل عنده التلف لكن بعلة غيره وهو اعتم من الاول لامكان سبب بدل منه ومعنى الاول ان الحافر للثر في الطريق مثلاً او احد المروم الذي هو الحفر قاصداً لتوقع الوقوع الذي هو علة التلف ويسمي تأويل قوله قاصداً لان الحافر قد لا قصد توقع تلك العلة مع انه ضمن قطعاً وبقى الكلام في الملازمة او لا يجد ملازمة بين الحفر والتردي ولعل المراد بها كونه موقوفاً عليه ولا يتحقق الا بعد تحققه لا انه لازم لوجوده وفي الشرائع بانه كل فعل يحصل التلف بسببه ولعله اراد بواسطته او معه او عنده كمن يدخل المباشرة لان التلف يحصل بواسطتها وعندها وفي جامع المقاصد ان الاولى ان يقال في تفسير التسبب انه إيجاد ما يحصل التلف عنده لكن بعلة اخرى اذا كان السبب مما يتوقع معه علة التلف بان يكون وجودها معه كثيراً وقد فسر السبب في قصاص الكتاب بماله اترما في التوليد كما للعلة لكنه يشترط من وجهه وفسر الشرط بما يتوقف عليه تأثير المؤثر ولا مدخل له في العملية قال كحمر البئر بالنسبة الى الوقوع او الوقوع مستند الى علته وهي التحطيط فالشرط هناك هو السبب هنا وحصل من اقسام السبب الاكراه وشهادة الزور وفسر السبب في باب الدييات من الكتاب بانه كل ما يحصل التلف عنده بعلة غيره الا انه لولا ما حصل من العلة كالحفر مع التردي ووجه هذا الاختلاف ان كل

(الثالث) اثبات اليد اذا كان بغير حق فهو غصب وهو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً « من »

اليد دخل في هلاك الشيء وانلافه اما ان يكون بحيث يضاف اليه الهلاك والاتلاف في العادة اضافة حقيقية اولا يكون ذلك والذي لا يكون كذلك اما ان يكون من شأنه ان يقصد به ما يضاف اليه الهلاك في العادة اولا يكون كذلك فأي يضاف اليه الهلاك حقيقة يسمى علة والاتلاف اضافة بآثمة ولا يرد عليه ما اذا قتل بمالا يقتل بآثمة غير قاصد القتل والقاتل خطأ وما لا يضاف اليه الهلاك ولكن يكون من شأنه ان يقصد به ما يضاف اليه الهلاك يسمى سبباً والاتلاف به سبب وقد يكون هذا القصد والتوقع لاجل تأثيره بمجرد ماله وهو علة العلة كتهمة الزور في القتل والاكرام وقد يكون باجماع امور اليه حيدة الحصول كحفر البزوة - يختص اسم السبب بالثبوت الاول وعليه بني الحكم في القصاص لان المدار فيه عليه لا على المال وقد يفسر بطلق ما يقصد به حصول العلة فيقبل السبب ما يحصل الهلاك عنده علة سواء ولكن لولا ما اثر العلة فلا يعتبر فيه الا انه لا بد منه وشبهه في الحكم في الديات والغصب لان المدار فيهما على ضمان الاموال فعلى هذا يكون كل سرقة سبباً والحفر مع التردى يسمى سبباً تارة وسرقة اخرى وتحصل الثمرة فيما اذا غصب شاة مات ولدها جوا فان قلنا انه فعل ما يحصل الهلاك عنده علة سواء قلنا بانه يضمن ولدها وان زدنا على التعريف قولنا ولولا ما اثر العلة لم يضمن الولد لانه ليس بسبب ويمكن اعتياضه بغيره فهو اسم كذا قال في الايضاح وفيه أمل اذ اهل العرض من الزيادة الاحتراز لما اذا كانت حدود المنتهي للثبوت مادراً كما تقدم فيكون المراد من الزيادة هو اراد من قومه اذا كان السبب بما يقصد لتوقع تلك العلة وقد عرفت ما فسرناه والا فطاهر كلام الايضاح عند التحقيق لا يتم في جميع اقسام السبب اذ مراده على الظاهر انه لولا الغصب لما اتراحوا في موت الولد مع ان اخوان يوتر في موت الولد سواء حصل بواسطة الغصب او نجسه عيها او بالانزاع في الحلب وهو معنى قوله فيمكن اعتياضه بغيره ادعاءه انه يمكن تأخير اجوع بغير الغصب ولا كذلك اخبر بالاسباب الى التحلي فانه لولا الحفر ما اتراحوا على ولكن الظاهر انه لا فرق لانه يقال هنا لولا الغصب ما اتر هذا الجوع وكذا يقال فيمن قدم الطعام المسموم لولا التقديم ما اتر هذا الطعام المسموم (وقال في المسالك) ما حصل ان عرفنا السبب بانه ما لولا لما حصل التلف ضمن لانه لولا عصب الاله لما مات عادة فالسببية متحققة وان فسرناه بانيجاد ما يحصل التلف عند علة اخرى اذا كان السبب بما يقصد لتوقع تلك العلة فيتوقف تبوت سببته على قصد العاصب للشاة الى اتلاف الولد انتهى وفيه نظر وتمام الكلام يأتي عند تعرض المصنف للمثلة وقد اعترض في جامع المقاصد على تعريف غاية المراد الذي نسبته الى الفقهاء بانه انما يصدق في العاصب اذا قدم طعامه الغير الى آكل مما يجأله لانه قاصد حينئذ بالتقديم الاكل ولا ريب ان حفر الترسب وطرح المعثر سبب بلا خلاف ثم قال والظاهر ان مراد الجماعة كون قصد توقع العلة اعتبار الشأن فيكون تقديره هكذا التسبب ايجاد ملووم العلة الذي شأنه ان يقصد معه توقع تلك العلة (قلت) قد عرفت ان معنى القصد الحصول ولا ريب في عدم الحصر فيما مثل ونفي الخلاف انما هو في الباب والا فالظاهر انه لا خلاف في باب القصاص ان حفر البزوة شرط والاختلاف على اختلاف الاصطلاح وقال مولانا المقدس الارمني انه لا حاجة الى هذه الزيادة ولا الى تأويلها وقد فسر هو التسبب بانه ايجاد سبب معد للاتلاف وقال انا ما تقدر على فهم التعريف المذكور في الارتداد فكيف مع الزيادة ونفي البأس عن تعريفه بانه فعل ما يحصل عنده التلف لكن بعملة اخرى وقال ان لفظ عند غير مناسب (قلت) قد عرفت ان ظاهر الشهيد اطباق الفقهاء عليه كما عرفت المراد من التعريف وان الزيادة للاحتراز (قوله) الثالث اثبات اليد واذا كان بغير حق فهو غصب وهو الاستقلال باثبات اليد على مال الغير عدواناً قد تقدم الكلام مبيناً

ولا يكفي رفع يد المالك ما لم يثبت الغاصب يده والمودع اذا جحد او عزم على المنع فهو من وقت الجحود او العزم غاصب « متن »

(قوله) ❀ ولا يكفي رفع اليد ما لم يثبت الغاصب يده ❀ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وكذا الممعة وهو قضية كلام التبصرة وقال في التذكرة لا شك انه لا يكفي في الغصب رفع اليد ما لم يثبت الغاصب يده فلو منع غيره من امساك دابته المرسلة لم يكن غاصباً وهل يضمن قال بعض علمائنا لا يضمن وفيه اشكال فظهر انه لا يلزم من عدم كونه غاصباً عدم كونه ضامناً فحمله في الروضة قوله في الممعة فلو منعه من سكنى داره او امساك دابته المرسلة فليس بغاصب علي انه غير ضامن غير جحد الا ان يزول عني ما يأتي وقد فرع على عدم كفاية رفع اليد في الشرائع والتحرير عدم الضمان في المنايا وبه صرح في النافع والتبصرة وشرح الارشاد الفخر الاسلام وفي المسالك الكفاية والروضة انه المشهور والمصنف استشكل في ذلك في التذكرة والكتاب فيما يأتي ونحوه ما في التنقيح من عدم الترجيح وفي المسالك والروضة والكفاية ما حاصله انه ينبغي ان يختص ما ذكره الجماعة بما لا يكون المانع سبباً في تلف العين بذلك بان اتفق تلفها مع كون السكنى غير معتبرة في حفظها والمالك غير معتبر في مراعات الدابة كما يتفق لكثير من الدور والدواب اما لو كان الحفظ متوقفاً على سكنى الدار ومراعاة الدابة لضعفها او كون ارضها مسبعة مثلاً وبالجملة حيث يكون التلف متوقفاً فان التجه الضمان نظر الى كونه سبباً قوياً مع ضعف المباشر وقد سبب الزمان في الاول والاخير لجماعة من المتأخرين وهذا الذي ذكره هو الذي حققه المحقق الثاني واختاره واخذ بمحاول استفادة ذلك من وصف الدابة بكونها مرسله قال — لانه لو لم يكن له دخل في توقع التلف بالحس لم يكن لذكره فائدة بل كان لغواً (وفيه) ان من ذكر الوصف حكم بعدم الضمان ثم ان من ذكره ذكر الدار فالحال فيهما سواء فيمكن تحصيل الفائدة في ذكره (ثم) ان الجماعة قد فرقوا بين منعه عن امساك دابته وبين حاسبه عن حراستها في الشرائع والتحرير وغيرهما الجزء بعدم الضمان في الاول والتردد في الثاني كما سيأتي (وكيف كان) فالزمان هو المحكي عن الشهيد في بعض فتاواه من — ان تكميل وهو الذي اختاره المحقق الثاني ايضا في حاشية الارشاد والمولى الاردبيلي وهو جيد جدا في صورة قوة سببية المانع وضعف المباشر وهو يرجع الى التفصيل بنحو اخر العموم قوله حلى الله عليه وآله وسلم لا ضرر ولا ضرار لانه الاصل في التضمين بالاسباب والاضرار صادق بمنع المانع المالك عرفاً فيجبه ضمانه وينقطع به الاصل بل قد نقول انه يجبه الضمان فيما اذا منعه من بيع متاعه في السوق فنقصت قيمته مع بقاء العين وصفاتها لاتحاد طريق الحكم بالضمان في المستثنين وهو صدق الاضرار المتني شرعاً ولا نجد الا ان ما بقضي بتخصيص الضرر المتني بما يكون متعلقه المالك لا اكتسابه نعم في الدروس وجامع المقاصد والروضة انه لو منعه من بيع متاعه فنقصت قيمته السوقية لم يضمن قطعاً وهذه اللفظة تجزئ عند من يعمل بالظنون مجرى الاجماع وبعدم الضمان في ذلك صرح في التذكرة وغيرها مستندين الى ان الفأنت ليس مالاً بل اكتساب المالك وهو كما ترى والشهيد في بعض فتاواه حكم بالضمان في ذلك فلو كان قطعياً ما خالفه فتأمل في ذلك كله جيداً ولو منعه من بيعه فاتفق تلفه فلا ضمان لعدم تحقق معنى السببية في التلف بالتمتع من البيع اذ ليس مما يقصد بمنع البيع توقع حدوث علة التلف ومثل المنع من سكنى داره المنع من القعود على بساطه وغصب شاته حيث يموت ولدها جوعاً ولو كان الحيوان مشرفاً على الموت فمنعه من تذكيته او من بيعه ليذكيه المشتري فعلى ما قدمناه يكون ضامناً وفي جامع المقاصد ان الضمان لا يخلو من وجه لكنه لم يجد بذلك تصريحاً (قلت) لا حاجة بنا الى التصريح بعد عموم خبر الضرر فتدبر اذ يمكن ان يقال ان المانع سبب في تلف العين بمعنى فواتها على مالها (قوله) ❀ والمودع اذا جحد او عزم على المنع فهو من وقت الجحود او العزم غاصب ❀ اما اذا

ويتحقق اثبات انيد في المنقول بالنقل الا في الدابة فيكني الركوب والفراس الجلوس عليه «متن»

محمد فواضح كما في جامع المقاصد وصرح في التذكرة واما اذا عزم على احوود فيقال فيه انه قد سبق ان المستودع لا يضمن بمجرد قصد الحيانة ما لم يخن بخلاف الملتقط وهذا مخالف له وقد احاب عن ذلك الشهيد في بعض حواشيه بعد تمهيد مقدمة هي انه اذا وجد للمجهتد حكاك مختلفان في مسئلة فلتوجيه كلامه طريقان احدهما تقرير النصين مهما امكن والاخرى تحصيل القولين اي اثبات خلاف له في المسئلة والعدول الى الثانية (اي الطريق الثانية لانه مؤث) مشروط بتعذر الاولى (اذا تقرر هذا) فتقرير النصين هنا بان يفرق بين ما ذكره سابقا وبين ما هنا بان المذكور سابقا هو عدم كون المستودع حائنا وضاما بمجرد قصد الحيانة والمذكور هنا هو كونه بمجرد قصد المنع بصير عاصبا وضامنا ولا بعد في ذلك لانه بقصد الحيانة لم تخرج يده عن كونها يد نيابة لئالك في الحفظ اذ العرض انه لم يقصد كون المال له فهو مع هذا القصد قائم بما استنابه المالك فيه مثبت يده باذنه فلم يحصل تعد وبمجرد النية لا يوجب حصول التعدد بخلاف ما اذا قصد منع المالك من العين فان يده حينئذ لنفسه فلا يكون نائباً للمالك فلا يكون اثبات يده حينئذ هو المأذون فيه من المالك فيكون اثباتاً غير حتى فيصدق عليه تعريف الغاصب وقال في جامع المقاصد وهذا فرق حسن جلي (قلت) لكنه في باب الوديعة صرح بما هنا حيث قال ولو حدد الامساك لنفسه يضمن وفسره المحقق الثاني وغيره بانه نوى عدم الرد وهو معنى العزم على المنع فلم يكن بين فتاواه تمايز كما هو واضح كما نهبنا عليه في باب الوديعة ويلرد هذا في الامانات حتى يقال ان الثوب الذي اطارته الريح الى دار الغير مثل اللقطة في ضمانه بمجرد الحيانة ومال الاحارة بمدة اوديعة لا يضمن بقصد الحيانة ويضمن بالجحود وقصد منع المالك ومحو ذلك من الامانات (قوله) «ويتحقق اثبات انيد في المنقول بالنقل» انقصوب ان كان من الاعيان المنقولة تحقق عصبه واتمات البد عليه بالنقل اتفاقا بل هو ضروري واجماع المسالك يتناول ذلك (قوله) «الا في الدابة فيكني الركوب والفراس الجلوس عليه» كما جزم به في الشرائع وجامع المقاصد وقال في التذكرة انه الوجه وقال في المسالك لا اشكال في تحقق الغصب مع الجلوس على البساط وركوب الدابة سواء قصده ام لا وسواء كان المالك حاضرا وازعجه ام لا لتحقيق الاستيلاء عليه على وجه العدوان حيث نعتبه او مطلقا حيث يكتفى به في الضمان وفي التذكرة عن احد وجهي التساقية انه لا بد من النقل كما لا بد منه في قبض المبيع وسائر العقود وقد اوجب عنه في المسالك منع عدم تحقق القبض مطلقا بذلك لان القبض له حكاك (احدهما) دخوله في ضمانه وهو حاصل بالركوب من غير نقل (الثاني) تمكنه من التصرف وهذا يشترط في الركوب ونحوه اذن المالك فيه ولا فرق في هذا بين نقله وعدمه فلا وجه لاجراخ التصرف بغير النقل من البين الى هذا التقدير انتهى ولم يتضح لنا هذا الجواب بل الظاهر فسادة والحكاك اما هما للنقل عند المشهور لان المشتري ان نقله بدون اذن البائع دخل في ضمانه ويقال له قبض ولا يسمى تسليما ويكون للبائع سلطان على حبه حتى يقبض التمن وله الفسخ للتأخير عن الثلاثة وان قبضه باذنه فقد مكنته منه وارفع سلطانه عنه وخياره فيه وتصرف كيف شاء فقوله القبض له حكاك ان اراد به القبض التام عن النقل سلم وان اراد بمجرد وضع اليد كالركوب ونحوه فأول ممنوع وقد اخذ هذا الجواب من التذكرة قال القبض في المبيع له حكاك (احدهما) الدخول في ضمانه وذلك حاصل بالركوب والجلوس من غير نقل و(الثاني) تمكنه منه فان كان البائع اذن في الركوب فالتمكن حاصل وان لم يأذن لا يتمكن لكن الحكم في النقل بغير اذنه مثله وقد ننبه لذلك المحقق في باب تسليم المبيع قال ان القبض في المنقول

نقله فيشكل عليه انه لو اخذه المشتري ولم ينقله بل تسلمه في موضعه الذي كان فيه ثم تلفت لا يكون من ضمانه مع انه في يده والرواية يعني خبر عقبة بن خالد تدل على ذلك الا ان ما دل على تبوت الضمان باثبات اليد بنافيتها والجواب يحتاج الى فضل تأمل وتحقيق هذا موقوف على تحقيق معنى اثبات اليد انتهى وقد استغنينا كلامهم هنا على معنى اليد هناك وفي المذهب البارع ان المراد باليد في العقار القدرة لا الجارحة وهو التمكن مع رفع اليد (وتحرير المقام) ان يقال ان كان المراد باثبات اليد والقبض الموجب للضمان هو ما نقرر عندنا في قبض المبيع من انه النقل في المنقول والكيل والوزن في المكيل والموزون والتخلية في العقار اتجه في الاول واشكل في الاخيرين فانه لا شك في تحقق الغصب بنقل المنقول وان كان مكبلاً او موزوناً فانهما يضمنان بالنقل من غير كيل ولا وزن مع انه لا بد منهما في قبض المبيع ومجرد وضع اليد على هذه الاشياء لا يقضي بالغصب والضمان وقد تقدم في باب اللقطة التردد في حصول الالتقاط بمجرد وضع اليد او الركن من غير نقل وكذلك الشأن في غير المنقول فان المتبادر من الغصب وتعيينه بالاخذ والاستقلال القبض والتصرف العرفي وهو ان يكون متصرفاً بالفعل مع انه يكفي في قبضه في البيع التخلية فلو ازجمه حتى اخرجه من داره وخلاها وتسلم مفاتيحها لا يسمى غاصباً عرفاً مضافاً الى ان الاصل عدم الضمان وعدم تحقق الغصب واحكامه فلا بد فيه من التصرف والدخول مع الاستيلاء وقصد السكون والاخذ من مالكه وان كان ذلك خلاف ظاهر جماعة وصرح آخرون كما يأتي فاندفع ما اشكل على المحقق الثاني في باب التسليم واتضح الحال فيما يأتي في المسئلة الآتية فيما اذا اخرج المالك ولم يدخل وقضية ذلك انه لا يتحقق الغصب بمجرد ركوب الدابة والجلوس على الفراش الا ان يقال ان ركوبها تصرف فيها وانتفاع بها واخذ وغصب لها لان الانتفاع في كل شيء بما هو مراد منه ومخلوق ومصنوع له فالدابة مخلوقة للركوب والفراش مصنوع للجلوس فتأمل وقال في التذكرة هل يتحقق الغصب باثبات اليد من غير نقل الاقرب عندي ذلك فلو ركب دابة النير وهي واقفة ولم تنقل (لتنقل خ ل) عن مكانها او جلس على فراشه فلم ينقله فالوجه بتحقيق الغصب فيه لحصول غاية الاستيلاء بصفة الاعتداء انتهى وكلامه هذا يقضي بتحقيق الغصب مطلقاً والظاهر انه ليس على اطلاقه وانما هو في الدابة والفراش دون ما عداهما وقال في جامع المقاصد اعلم ان اثبات اليد في المنقولات انما يتحقق بالنقل الا في الدابة فان ركوبها كاف في اثبات اليد عليها والفراش فان الجلوس كاف في ذلك ثم حكى كلام التذكرة هذا الذي حكيناه ثم قال وكلامه لا يقضي الحصر في الدابة والفراش ولا يبعد ان الاستيلاء في كل شيء بحسبه كالدخول الى خيمته وخبائه ونحو ذلك انتهى فقد حكم اولاً بالحصر ثم نفى البعد عن عدمه ثم ان تحقق غصب الخيمة بالدخول فيها غير ظاهر اذ لا اثبات يد ولا اخذ حصواً اذا كانت الارض ملكه او مباحة الا ان يقال ان مراده غصبة الارض فتأمل جيداً ولعل السرير كاللبساط واما الحجر الكبير والاشباب الكبيرة فحل تأمل (وكيف كان) فكلامهم في اثبات اليد والقبض في الباب يخالف كلامهم في قبض المبيع لانهم يكتفون في الدابة والفراش بالركوب والجلوس ويكتفون في المكيل والموزون بالنقل من دون كيل ووزن ولا يكتفون في غصب العقار بالتخلية ثم عد الى العبارة قال في جامع المقاصد فيه مناقشتان (احدهما) ان الاستثناء لا يستقيم الا اذا كان المراد ان اثبات اليد في المنقول لا يثبت الا بالنقل ولا دلالة في العبارة على ذلك الا باعتبار عدم صحة الاستثناء (قلت) ان مفهوم اللقب في عبارات الاصحاب حجة لانها تعاريف وقيود (والثانية) قد وقع في قوله والفراش الجلوس عليه العطف على معمولي عاملين باداة واحدة وهو ضعيف عند اهل الرية (قلت) يكفي

وفي العقار بالدخول وازعاج المالك فان ازعج ولم يدخل او دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن « متن »

في ذلك الجواز (قوله) وفي العقار بالدخول وازعاج المالك فان ازعج ولم يدخل او دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن العقار يتصور فيه الغصب ويكون غاصباً ضامناً بنفسه اجماع كما في التذكرة وعندنا وعند اكثر العامة كما في المالك والكفاية واهم اجماع الخلاف واخباره في مسألة المنافع منطبق عليه قطعاً بالضرورة وفي جامع المقاصد لا ريب ان غصب العقار متصور في نظر الشارع لان اثبات اليد عليه ممكن انتهى وقال ابو حنيفة وابو يوسف لا يمكن عصبه بل انما يضمن بالانهدام فاذا دخل وانهدم ضمن المهدوم مستنداً الى انه لا يمكن نقله وهذا يسر ببيع اذ الغصب في مثله يتحقق بالقبض وليس هو منحصراً في النقل والا لم يجوز بيعه وهبته ومحوهما مما يحتاج الى القبض مضافاً الى عدة اخبار صريحة في نصب العقار بلفظ الغصب كما تقدم (هذا) ولا محالة يتحقق الغصب بالدخول وازعاج المالك كما في جميع المقاصد كما ذكره المصنف ل هو محل الوفاق منا ومن اكثر العامة وانما الكلام في انه هل يتحقق باتيات اليد مستقلاً من غير اذن المالك بان يستولي عليها ويحرجه منها ويتسلم مفااتيحها وان لم يدخلها اصلاً لانه بذلك تدخل تحت يد المشتري وفي ضمانه فيجب ان نكون هذا القدر كافياً في تحقق الغصب ام لا يتحقق بذلك بل لا بد من الدخول خيرة الكتاب والتحرير وجامع المقاصد ومجمع البرهان الثاني وقد عرفت الوجه فيه وصرح المالك والكفاية الاول وهو ظاهر الشرائع والنافع والارشاد والتبصرة والدروس حيث قيل فيها يتحقق عصبه باتيات اليد عليه مستقلاً من دون اذن المالك لصدق الغصب بما سمعت في توجيهه وينهد له انه لو كان المالك غائباً تحقق الغصب من دون ازعاج وكذلك لو استولى مع المالك وتورد في التذكرة وجامع المقاصد ولا ترجيح في التنقيح مما ذكر ومن ان العرف قاض بان الغصب انما يتحقق بالدخول لان الاستيلاء انما يحصل به ولا تغفل عما تقدمه ويأتي فيما اذا منعه من امساك دابته المرسله وسكنى داره وقد يكون المراد من الاستقلال في عبارة الشرائع وما ذكر معها عدم قدرة المالك على التصرف في عقاره الذي هو في تصرفه وتحت يده بمعنى انه منعه عنه ولم يمكنه منه وان كان جالساً معه فانه حينئذ يكون وجوده وعدمه سواء فتأمل وقد اعتبر المصنف هنا وفي التحرير قصد الاستيلاء حيث قال او دخل لا بقصد الاستيلاء ولم يزعج لم يضمن وفي التذكرة وجامع المقاصد ان وجود نفس الاستيلاء حقيقة يفني عن قصده فلا اثر لعدم قصده مع حصوله حقيقة وقضيته دخول الجاهل والغافل والتامس والمكروه والمضطر فتدبر (وليعلم) ان قضية كلام المصنف انه يعتبر لتحقيق الغصب امران الدخول وازعاج المالك فلا يكفي احدهما فقط وبذلك صرح في جامع المقاصد مع انهما وغيرهما صرحوا بانه اذا دخل عليه مستولياً ولم يزعجه ولكل منهما قوة انه يضمن النصف ولعلهما ارادا ان ذلك يعتبر لتحقيق غصب الكل فتأمل وفي الشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمالك والكفاية انه لو اسكن غيره فهو غاصب والساكن ليس بغاصب وقيد الشهيدان والكركي والخراساني بما اذا كان جاهلاً لان يد الساكن كيد كيد فكأن في معنى سكناه بنفسه (قلت) هو واضح ان كان مكروهاً وفي الارشاد والتحرير قبيده بما اذا كان المالك غائباً والامر المسكن ضعيفاً ولا بد ايضاً من التقيد بكونه جاهلاً كما قيد به صاحب المسالك عبارة الشرائع وفيه نظر ستسمعه قال في الكتابين اي التحرير والارشاد لو كان المالك حاضراً فلا ضمان وفيه ايضاً انه قد تصرف بغير اذن المالك فيكون ضامناً الا ان يكون سكوته دالاً على رضاه فيكون دخولا بالرضا كما فيه عليه في مجمع البرهان ثم انه يرد عليهم جميعاً ما اذا انهدمت

فان قصد فهو غاصب للنصف « متن »

الدار وهو فيها مثلاً فان عدم تضمن الساكن مع اثبات يده بغير حق وان كان مفزوراً مخالف لما سيأتي في الايدي المتعاقبة على المصوب فانهم يحكمون بانها ايدي ضمان وان كان بعضهم جاهلاً نعم هذا يؤيد مختار المقدس الاردبيلي في المسئلة الا ان يقولوا بثبوت ولا يسمونه غاصباً فلا مشاحة في التسمية (قوله) وان قصد فهو غاصب للنصف اي ان دخل بقصد الاستيلاء فهو غاصب وقد عدوا عنه بما اذا دخل الدار قهراً مع مالكها وقالوا انه يضمن النصف وبذلك كله صرح في المبسوط وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس والتمعة والمقنصر والتنقيح والروضة والمسالك وقواه في المذهب البارع وفي التنقيح ان عليه الفتوى وفي المسالك والكفاية انه مذهب الاكثر وقال في الشرائع انه لا يضمن الاصل وقال الشيخ يضمن النصف وفيه تردد منشأه عدم الاستقلال والتردد ظاهر النافع حيث قال في الضمان قولان وكذا شرح الارشاد لفخر الاسلام ولم نجد القول بالعدم جزماً الا ما في التنقيح من ان القولين للشيخ في المبسوط لانه قل لو مد زمام الناقه من مكان الى مكان وصاحبها راكب عليها لم يضمنها لانه لم تزل يده عنها ولا فرق بين الصورتين انتهى وستعرف الحال في ماد زمام الناقه محرراً مسبقاً عند قوله ولومد بمقود دابة الى آخره وقد يظهر من الشرائع وغيرها ان القولين مبنيان على الاختلاف في تعريف الغصب بان المعتبر فيه الاستقلال فلا يضمن او الاستيلاء فيضمن لكن الشهيدين في الدروس والروضة عللا الضمان باستقلاله بالنصف وقال في التنقيح بعد تعليل عدم الضمان بعدم استقلال يد الغاصب لانه انما يحصل برفع يد المالك ولم ترفع ان فيه نظراً لانه ان اراد باستقلال اليد عدم المشاركة فهو باطل والا لزم عدم الضمان على شخصين اشتركا في غصب شيء واحد وان اراد به اثباته على وجه يرفع به يد المالك فهو مصادرة على المطلوب لان ذلك غير المتنازع فيه انتهى وكلام هؤلاء الثلاثة بقضي بتصحیح القول المشهور على تقدير الاستقلال (وكيف كان) فالفروض في كلام المشهور انهما قويان وفي جمع البرهان انه لا تفاوت حيثئذ بين كون المالك قادراً على منعه عن ذلك واخراجه ام لا بان يكون اقوى منه لصدق تعريف الغصب عليه (قلت) قد قال في بيان التعريف انه يعتبر في الاستقلال الاستعلاء والتسلط ولا يكفي مطلق التصرف ووضع اليد فلعله اراد بعض التعاريف فتأمل وقد وجه الضمان في الدروس وغيره بما سمعت ومن يكتفي بالاستيلاء بوجهه باجتماع يدهما واستيلائهما عليه فيضمن النصف وفي الروضة ان هذا اذا شاركه في سكنى البيوت على الاشاعة من غير اختصاص بموضع معين فلو اختص اختصاص بضمانه (قلت) هو واضح والشأن فيه كالشأن فيما اذا كان له شريك في الغصب وفي الكفاية والرياض انه لا بد من كونه متصرفاً في النصف بحيث يتمتع المالك من انواع التصرفات كالبيع والهبة وامثالها لا مجرد السكنى ولم يتضح لنا وجهه وستعرف الحال وفي جمع البرهان ان ذلك اذا شاركه في كل موضع من البيوت بحيث ما يواحه ولا يزعمه الا عن النصف قال ويمكن ان يكون الحكم كذلك اذا شاركه في البيوت من غير تعيين نصف بل يقول له انا وانت نكبن في هذه الدار مع اثبات يده على الكل وعدم منعه من شيء مثل الشريكين بالنصف واحدهما بأذن للآخر (قلت) هذا جيد جداً فلا فرق بعد فرض تصرفه في جميع الدار بين ان يكون تصرفه في قدر النصف او اقل او اكثر لان المتصرف في جميع الدار مثلاً اثنان فيحال الضمان عليهما كالجنايات فلو جنيا عليه ومات من جنايتهما كانت الدية عليهما نصفين وان كان احدهما جرحه الف جرح والاخر اثماً جرحه جرحاً واحداً واما الاجرة فلا يضمن منها الا قدر ما يتفق به من السكنى كما نبه عليه ابو العباس في كتابه

ولو دخل الضعيف على التوي في داره وقصد الاستيلاء لم يضمن ويضمن لو كان القوي
نائباً « متن »

هذا وفي الدروس والروضة انه يضمن النصف عيناً وقيمة ولعل الاولى ان يقولوا عيناً ومنفعة هذا وقد يظهر من كلامه ان ذلك حيث يتحد المالك والعاصب اما لو تعددا او تعدد احدهما فالضمان بالنسبة فلو كان المالك اثنين ضمن الغائب الثلث او ثلثة ضمن الربع كما ان العاصب اذا كان اثنين والمالك واحداً ضمننا الثلثين قال في التنقيح لو كان المالك اكثر من واحد هل يلزم النصف العاصب او بالنسبة الاقرب الاحير كما تعدد الغائب ثم قال والتحقيق يقضي الضمان على نسبة ما استولى عليه واستقل به ان نصفاً فنصف وان ثلثاً فثلث وهكذا وهو حيرة اقدس الاربيلي وفي الرياض انه جيد ولعل الاحود ما تقدم من انه كخندية ﴿ فرع ﴾ قال في الدروس لو اتت يده على مسجد او رباط او مدرسة كى وجه الغفل ومنع المستحق فالظاهر ضمان العين والمنفعة انتهى والظاهر ان العصب لا يتصور في الوقوف العامة تمنع بعض المستحقين قبل اثبات يده وان اتهم لو سقت للمستحق يده فتمنع مانع غير حق امكن تصور العصب واطلاق كلام الدروس قد يظهر منه خلاف ما ذكرناه (قوله) ﴿ ولو دخل الضعيف على القوي في داره وقصد الاستيلاء » يضمن ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والارشاد وجمع المقاصد والمسالك والرياض لانه ليس عاصب لشيء من الدار ولا عدة قصده الاستيلاء لانه قصد ما لا يتمكن من تحقيقه اد انفروض ان القوي لا بعد مثل الضعيف مستولياً عليه وظاهر الدروس واللمعة والروضة التوقف لظهور استيلائه على العين التي انتفع بسكناها وقدرة المالك على دفعه لا ترفع الغصب مع تحقق العدوان وفي مجمع الدرر لا ينبغي ان تذكر في كونه ضامناً على انه تصرف في مال الغير بغير اذنه خصوصاً اذا كان مع قصد الاستيلاء والاستعلاء فانه قد يكفي ولا يحتاج الى وجود ما يفي بمس الامر كما يشترطه لفظ الاستيلاء وعدم منع المالك مع قدرته لا يدفع ذلك الا ان يكون دالاً على الرضا فيكون الدخول بالرضا والظاهر انه لا نزاع في انه يضمن احرة ماسكن وبه صرح في الدروس واللمعة والمسالك والروضة والكفاية والرياض (قوله) ﴿ ويضمن لو كان القوي نائباً ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك والروضة وبه الاحير انه لا شبهة في الضمان قال في التذكرة لان الاستيلاء حاصل في الحال واثار قوة المالك اعماهي سهولة ازالته والانتزاع من يده فكان كما لو سلب قدسوة ملك فانه يكون عاصباً وان سهل على المالك انتزاعه وتأديبه وقال في التحرير لو دخل ارض اديان او داره والمالك غائب ضمها سواء قصد ذلك او ملن انها داره او دار من ادن له في الدخول اليها على اشكال اقره عدم الضمان الا مع قصد الاستيلاء انتهى متأمل فيه ولعل في السحرة سقطاً ﴿ فروع ﴾ قال في التذكرة لو دخل عقاراً لينظر هل يصلح له او ليتخذ مثله لم يكن عاصباً ولو انهدمت في تلك احوال في الضمان اشكال ينشأ من انه قد حصل التلف في يده فكان كما لو اخذ منقولاً من بين يديه ماله لينظر هل يصلح له ليشتريه او مثله فتلف في تلك الحال فانه يضمه ومن الفرق بينه وبين المنقول بان اليد على المنقول حقيقة فلا يحتاج في اثبات حكمها الى قرينة واليد على العقار حكيمية فلا بد في تحققها من قرينة قصد الاستيلاء وفي المسالك الاصح انه لا يضمن بخلاف المنقول ولا ترجيح في جامع المقاصد وفي الدروس لو رفع متاعاً بين يدي المالك فان قصد الغصب فهو غاصب وان قصد النظر ففي كونه غاصباً وجهان انتهى ولو كان القوي مستولياً وصاحب البيت ضعيفاً بحيث اضمحلت يده معه فالتجبه انه يضمن الجميع كما في جامع المقاصد وفي الروضة

والحوالة عَلَى المباشر لو جامع السبب الا مع ضعفه بالتفرير كن قدم طعام غيره الى آكل جاهل
فالنضمان يستقر على الأمر « متن »

والرياض انه قوي (قوله) والحوالة عَلَى المباشر لو جامع السبب الا مع ضعفه بالتفرير قد
طفحت عباراتهم في باب القصاص والديات والغصب انه لو اجتمع المباشر والسبب ضمن المباشر اذا تساوى
في القوة اورجح المباشر وفي كتف اللثام الاجماع عليه وفي مجمع البرهان انه من المعلوم عقلاً بل
وتقلاً انه اذا وجد لشي سببان قريب وبعيد انه يسند الى القريب والبعيد هو سبب السبب وله
مدخلة ما في ذلك اشي فيكون الضمان مستنداً الى المباشر وهو ظاهر وكأنه مجمع عليه انتهى (والحاصل)
اني لم اجد في الابواب الثلاثة في ذلك مخالفاً وقد قالوا انه يستثنى من ذلك ما اذا ضعف المباشر كما
اقتصر على ذلك جماعة وهذا يشمل الضعف بالاكره والغرور بل والشمس والنار والريح ان صدق
عليها اسم المباشرة وفي الدروس والمعة والروضة الا مع ضعفه بالاكره او الغرور واقتصر في الارشاد
على الاول وفي الكتاب هنا على الثاني وناقشه المحقق الثاني بانه لا وجه لهذا القيد فان عدم صلاحية
المباشر لنسبة الفعل اليه موجبة لضعفه كما في الريح والشمس والنار وكأنه الى ذلك اشار في المسالك
بقوله يستثنى من ذلك امور كثيرة (وفيه) مع انه وارد على الجميع فينبغي ان يحمل كلامهم على التمثيل مع
ان الاكره اولى بالذكر ان هذه الثلاثة منزلة منزلة المباشر وايسر من المباشرة ومن لم يستثن كاللحق
في الشرائع والمصنف في ديات الكتاب فقد استغنى عنه بالتصريح بذلك بعد ذلك والتمثيل والتعليل
وقد يجمع على الشئ الواحد سببان بان يحفر واحد عدواناً بئراً ويضع آخر كذلك عنده حجرأ فيعثر به انسان
فيقع في البئر فانه يقدم الاول في الجناية وان تأخر حدوثه عن الآخر وربما احتل تساوي السببين
وترجح الاقوى كما لو نصب سكيناً في البئر المذكور وقد استوفينا الاقوال والاحتمالات في ذلك في باب
الديات (والاكره) يتحقق بسلب الاختيار والوعيد بقتل النفس وهتك العرض واخذ المال الكثير وذكر
الضايط في الاكره على الطلاق بانه التوعد على الاضرار بالمكره وبمن يقوم مقامه كالأب والابن وان كان
شتماً للرتفع عنه لا الضرر اليسير كأخذ مال يسير وقد اسبقنا الكلام في ذلك في باب المكاسب هذا في المال
اما في النفس فيتعلق الضمان بالمباشر مطلقاً ويجبس الأمر حتى يموت وقد بينا الكلام في الاكره على مادون
النفس في باب الديات والمكاسب والمراد بالديب فاعل ملزوم العلة كخاف البئر كما تقدم وقد بطلت مجازاً على غير
ذلك كما يقال تلف مال فلان بسبب سعاية فلان به الى الظالم وهذا لا يوجب الضمان عندنا بل على الساعي
الاثم كما في التذكرة وبقي الكلام فيما يهذله ويغرمه المسروق منه والمغصوب منه لتحصيل المال فهل يرجع
به عليهما ام لا احتمالان والظاهر ان السارق والغاصب كالحافر فاعل ملزوم العلة (قوله) كن قدم
طعام غيره الى آكل جاهل فالضمان يستقر على الأمر الغار كما في الدروس والروضة في المقام وبه
طفحت عباراتهم عند الكلام على الابدئي المترتبة على يد الغاصب وقد فصل في المبسوط تفصيلاً طويلاً
واطول منه ما في التذكرة وحاصله انه اذا غصب طعاماً فأطعمه غيره فاما ان يطعمه لغير صاحبه او بطعمه
اصاحبه فان كان الاول فان كان عالماً فهو غاصب كالاول وان كان جاهلاً فان قال له كله فانه ملكي وطعامي
او قدمه ضيافة فانه لا يلزم الاكل شي لانه غره واوممه انه لاتبعة فيه عليه وان قال كله ولم يقل انه ملكي
ولا طعام فلان غصبته بل اطلق فوجهاً اقوامها الضمان لانه غره ايضاً وان كان الثاني فان كان الآكل
عالمًا بانه طعامه فقد برئ منه الغاصب وان كان جاهلاً فغصبته الغاصب ولم يبرأ لانه لم يرد له رداً تاماً فانه
لا يمكنه التصرف فيه بكل ما يريد من اخذه ويعه والصدقة به (وعساك تقول) ان كل ما تلف الآخذ
من الغاصب فقرار الضمان عليه ابي الاخذ كما يأتي (قلت) قد قالوا الا مع الغرور كما لو اضاف به وبأني تمام

ولو دفع غيره في بئر حفرها ثالث الضمان على الدافع ولو فتح رأس زق فقلبته الريح الحادثة وسقط أو ذاب بالشمس في الضمان اشكال ينشأ من ضعف المباشر ومن انه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب ولو فك قيد الدابة فشردت أو عن المجنون فابق أو فتح قفصا عن طائر فطار في الحال أو بعد مكث « متن »

الكلام عند تعرض المصنف له مرة أخرى (قوله) ولو دفع غيره في بئر حفرها ثالث الضمان على الدافع أي انتمتع لذلك بقوة مباشر وصف اثر الحافر وأما ادفعه مع الحبل بالبئر وكان حفرها عدواناً فان احافر هو الضامن وقد استوفينا الكلام في هذه النقطة في اوائل باب الديات (قوله) ولو فتح رأس زق فقلبته الريح احادثة وسقط اوداب الشمس في الضمان اشكال ينشأ من ضعف المباشر ومن انه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب قد استشكل أيضاً في الارشاد والتحرير وقال في الترائع بعد ان تردد لعل الاتمه انه لا يضمن لان الريح واستمسك بالمباشر فبطل حكم الدب وفي الكفاية انه اقرب في صورة بطلانه بالريح ولا ترجيح ميبها في صورة اداة الشمس وفصل في المبسوط حكم هذه الضمان بحدوث الريح وقلها له ما ينع عنه كبن رهرة في العنية الخلاف بالضمان في اشتراق الشمس عليه واستشكل في الاول في التذكرة واستوجه الضمان في الثاني وورق بار الشمس بما يعلم طوله فيكون الفاعل له معرضاً ما فيه للشمس وهبوب الريح غير منتظر ولا متوقع فاملاك حينئذ لم يحصل عمله وليس فعله مما يقصد به تحصيل ذلك العارض فعمله غير ملحق والامر احداث مباشر في يتعلق الضمان فعله فكان كما لو فتح الخرز فسرق غيره اذ لا يارة فسرق وقد يبرق بين الاصل والتطبيع ان وجود الريح كثير موجب لتوقع القلب والانتقال كما في جميع المقاصد (وجه الضمان في ذلك ان هذا سبب تله اد لولا الفتح لما ضاع ما فيه ولم يتحمل بهمه . يمكن احاله الحكم عليه فوجب الضمان فكان كما لو فتح انا فأصابه الحر أو البرد فسرت احراره فانه يضمن فكذلك هنا وقد احتج انه يضمن في اثنين في شرح الارشاد لولده وبية المراد والدروس وجميع المقاصد وتعلق الارشاد . بالك ذلك وقد عرفت الوجه في ذلك وقال في مجمع البرهان لا اشكال في ضمان اذا علم كون فعله سبباً فقط لا سبباً بل يعلم استناده الى سببه بالكية وقال في جامع المقاصد ان عبارة الكتاب لا تخلو من . في فانه لا يقصد بالسبب حصول العلة اصلاً فكيف يقيم قوله ومن انه لا يقصد بفتح الزق تحصيل الهبوب فلو قال بدله ومن انه لا يقصد بفتح الزق توقع الهبوب كان اولي اقلت اتوقع التسي انتظار كونه وحصوله . اراد ان قيل الهبوب انتظار كونه وحصوله وقد طفت بذلك عبارات احاصة والعامة (قوله) ولو فك قيد الدابة فشردت أو عن المجنون فابق أو فتح قفصا عن طائر فطار في الحال أو بعد مكث أي ضمن كما صرح بذلك في الخلاف والمبسوط والنية والسرائر والترائع والتذكرة والنافع والتحرير والارشاد والدروس وجميع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وفي الاخير انه المعروف من مذهب الاصحاب وظاهر التذكرة الاجماع على الضمان في فتح قفص الطائر سواء طار في الحال أو بعد مكث وحكي في الرياض عن المبسوط في الخلاف في الثلاثة وعن ظاهر التذكرة الاجماع فيها اي الثلاثة ولم نجد ذلك فيهما واستسمع ما وجدناه بل قال في المبسوط في ضمان الطائر اذا لم يهجه ولم يطر في الحال يقو عندي ان عليه الضمان حكمه غير حازم وفي معنى المجنون غير المميز غير انه لم يذكر المجنون في الخلاف والمبسوط والنية والسرائر وهذه المواضع الثلاثة مما يرجع السبب فيها على المباشرة لضعفها لمدى العقل لكن بعضها غير اعطي وقد تقدم المختار وباتي واثاروا بقولهم فطار في الحال أو بعد مكث الى خلاف بعض الشافعية حيث فرق بين الامرين حكم بالضمان في الاول

او ازال وكاء الظرف فسال ما فيه لا يجسه الا الوكاء او فتح راسه فتقاطرت قطرات وابتل اسفله فسقط او قبض بالبيع الفاسد او السوم على اشكال « متن »

دون الثاني وفي المبسوط انه لو اهاج الدابة فشردت او الطائر فطار ضمن بلا خلاف اي منا ومن العامة وفي التذكرة انه لو اهاج الطائر ضمن قولاً واحداً وفي حكم خروج الطائر وذوب الهرة ولو افسد الطائر وغيره شيئاً بخروجه ضمنه لان فعل الطائر منسوب اليه نعم لو تلفت هذه الثلاثة بغير الجهة التي هي فعل السبب كأن مات الطائر او العبد المجنون او الدابة فلا ضمان لعدم مدخلة السبب وعدم وضع اليد الموجب للضمان مطلقاً و يأتي الكلام في العبد العاقل (قوله) ﴿ او ازال وكاء الظرف فسال ما فيه ولا يجسه الا الوكاء ﴾ فانه يضمن بلا خلاف كما في المبسوط والسرائر وفي المسالك انه يضمن لا محالة اذا كان مطروحاً لمباشرته الاتلاف وبما في الكتاب صرح في الكتب المذكورة اتفاقاً بعد المبسوط جميعها ما عدى النافع (قوله) ﴿ او فتح رأسه فتقاطرت قطرات وابتل اسفله وسقط ضمن ﴾ كما في المبسوط وسائر ما ذكر بعده عدى السرائر والنافع والتحرير لان السقوط بالميلان الناشئ من الابتلال الناشئ من الفتح وهما مما شأنه ان يحصل بالفتح (قوله) ﴿ او قبض بالبيع الفاسد ﴾ اي ضمن كما هو المعروف من مذهب الاصحاب كما في الكفاية وفي المسالك انه موضع وفاق وبالضمان صرح في المقام في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد وقد تقدم الكلام فيه مستوفى عند الكلام على صيغة البيع وقد جعلناه في اول باب الوديعة من الامانة الشرعية وان كان مقبوضاً من يد المالك ولم اجد من تأمل فيه في البابين وغيرهما سوى مولانا المقدس الاردبيلي قال لان دليله القاعدة المشهورة وهي ان كل ما يضمن بصحيحة يضمن بفاسده وبالعكس وقال ان ذلك غير واضح وكذا على اليد ما اخذت (قلت) القاعدة لا اجد فيها مخالفاً بل يأخذونها بطريقها في ابواب العقود اللازمة والجائزة مسلمة وستسمع عن قريب كلامهم في استيفاء المنفعة الفاسدة (قوله) ﴿ او السوم على اشكال ﴾ ينتأ من انه باذن المالك فيكون امانة كالوديعة والاصل البرائة ومن ان الاذن لا تقتضي الامانة مع عموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما اخذت حتى تؤدي وقد قبض لمصلحة نفسه (قلت) الخبر ذو وجوه والخارج منه قد يكون كالدخل او اضعافه هذه العارية والمضاربة والشركة والعين المرهونة والمستأجرة والموكل عليها بجمل الوصي عليها كذلك وفيها مما كان القبض فيها لمصلحة نفسه حارجه مستثناة غير مضمونة اجمالاً لكن المشهور انه مضمون كما في الايضاح والمسالك وجمع البرهان في المقام وباب البيع والروضة في باب البيع ايضاً ونسبه في جامع المقاصد في الباب المذكور الى الاكثر ذكرنا ذلك في مسألة ما اذا اشترى عبداً موصوفاً ودفع البائع له عشرين ليتخير فأبقى احدهما وهو خيرة غصب المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وهو خيرة الاستاذ الشريف قدس الله روحه وكان يستنهض عليه مع ذلك موافقة الاعتبار قال ولم يكن مضموناً لتوصل كثير من الناس الى اكل المال بذلك وهو معارض بالعارية وغيرها واختير عدم الضمان في السرائر في موضع آخر وهو البيع والمختلف والايضاح وجمع البرهان وفي المسالك والكفاية انه نتجه ولا ترجيح في جامع المقاصد (قلت) قد عددناه في باب الوديعة من الامانة الخاصة للمالكية وهي كل عين حصلت في يدك باذن المالك او من قام مقامه او بغير اذنه ثم علم بها ولم يطلبها وقضية ذلك ان يكون غير مضمون وهذه ايضاً قاعدة مشهورة معروفة عندنا والشبهة المدعاة على الضمان في المقبوض بالسوم لعلها مأخوذة من اخذتم لذلك مسلماً في مطاوي ابواب العقود هذا المصنف وقد استشكل هنا قد اخذه في ما يأتي قريباً وفي عدة مواضع من الكتاب وغيره مسلماً وقد تكون هذه الشهرة مأخوذة من الحكم بالضمان في ثمانية عشر كتاباً في ما اذا دفع بائع عبد موصوف عشرين ليتخير المشتري فأبقى احدهما فانهم قالوا انه يضمن الآبق بقيته ويطلب بما اشتراه وقد قال جماعة

او استوفى منفعة الاجارة الفاسدة او اتقى صبيها في مسعة او حيواناً يضعف عن الفرار فقتله
السبع ضمن " متن "

مهم التهديدان والكركي ان الحكم بالنقض مبني على ان المقصود لسوء مصعون لا خصوصية السوء بل لعموم
قوله صلى الله تعالى عليه وآله وسيد كل الابد . اخذت وقد حكم بالنقض هناك في احتمال الاصلاح والمسالك
ويجمع الرهان وقد سمعت كلامهم في ابقاء وكذا غيره (قوله) ﴿ او استوفى منفعة الاجارة الفاسدة ﴾
فانه يضمنها كسائر الترانع والارشاد والتذكيرة واغترير وحده . المقاصد والمساك ويجمع الرهان والارشاد
والدروس راحة مثلها كما في الستة الاول ولعله اراد من الاحسين ويحتمل ان يكونا اذا اوفى الامر من
منه او من المسمى وهذا من باب الماترة وليس من سيج . ذكر معه وهال في احلاله . اما في ضمن بالعصب
كلاسل واستدل عليه بقوله عز وجل من اعتد - عليكم ما عدو عليه مثل ما عدى عليكم مال وابل
مثلا مثل من حيث الصورة ومثل من حيث اقيمة فله - يحسن - مع مثل من حيث الصورة وحب
ان يرد من حيث لقيمة - وعلى المسئلة اسمع لعمريه احبهم من هذا . انتهى .
مستحق ما نحن فيه وهو العن مضومة بالاسياف . في جميع اقتصاد الد - بل من كلامهم اعدم
والد - في انه الطر كهم مضومة لان التصرف في عينه حر . هو بصير - في فله . حال
التصرف اذ يلا - عليها به حق وذلك معنى العصب الا ان كان الاجارة الفاسدة لا بد من اكمالها
في نتيجة مباد - ان فيل انه دخل معه على عدم صير هذا الا - يلا وار - بل - متحدا والاصل براءة
الذمة من العصب فلا يكون لعين ملك مضومة واما ضمن اسفله - حمة . لا ذلك اذ - من حمة
مع فساد الرهن لان اسلانه غير حق وهو باطل ومداستوفى افيه الكلاء في باب الاجارة (قوله)
﴿ او اتقى صبيها في مسعة او حيواناً يضعف عن الفرار فقتله السبع ﴾ كما في السرائع والتذكيرة والتحرير
والارشاد ومع المناصير والمسالك ويجمع الرهان . استدل في الكفة ان احلال في ذلك راول صرح
انصافي ديات ادمط السرائع والارشاد وعندها للذمة مع ضعف ابراه فان الفاسد الذي ضعف
عن التحرر عن الذمة سبب تاه في هلاكه . الذمة لا يحال عليه في الذمة فلا معارض لاد - واسد في التذكيرة
الى انه قصد الاتلاف بالحق وهو يرجع الى السبب الذي يتبعه في الذمة مع العمد فيه من القصاص
واحدة رواه بالضي عن الكبير الذي يمكنه خبر مدة وانه لا يصحمة لقائه له اعق اتلاف الذمة له لان ذلك
لا بعد سبب في حقه (والظاهر) انه لا فرق في الضمي من غير النهر . امير الضعف عن اخره . لمحق
من به حل او حن او بلغ بالكر مرتبة الضمير . احتمال ما في كفي مجمع الهه . سببه . احق . مسعة
المضيق كعينة . كمسعة في قول وفي امارة وهو في محله . حيرة الاباح . جامع المنة سد قد استكمل
فيه المصنف في عدب التذكيرة وما يأتي من الكتاب . الشيخ في المسودة قال مدته اتمام . مدته الاخلاص
(واما) انما حيوان الذي يضعف عن الفرار في اسفله والمضيق فاحده . صاهر لانه ضمن في مال
الغير غير اذنه ومثله العمد المسعة . قد يكون داخل تحت احيه . لا يجنى ما في وصف احيه ان يضعفه عن
الفرار . ان اراده ابيان التسبب هذا وتيج صاحب الرضا ضمن في باب المديات ما نحن فيه . انتهى . اد الى الضمة
في مسعة من سيج ما اذا عصبه عاصب فمات بلذع حبه او فتراس اسده لمح ديك تاليس هه من قبل الله
سبحانه فاستظهر في جميع عدم الضمان او استردد (وانت حير) ظهور الفرق بين المشتلن اد المره من
في الثانية انه عصبه ووضع في غير المسبعة فانفق ان اعتبره الاسد ولهذا كان المشهور في هذه عدم الضمان
كما في المسالك كما يأتي بيان الحال واشتهر فيما نحن فيه العصب بل لا حلال فيه بل قد احتار جماعة بالشج
في المبسوط في احد قوايه والمصنف والتهديد والمحقق الثاني وسيره الضمان ايضا في مسئلة العصب وقناه

ولو فتح باباً على مال فسرق او دل سارقاً او ازال قيداً عن عبد عاقل فأبق لم يضمن « متن »

في الخلاف بعد ان نسب الى ابي حنيفة بل قد يلوح من حواشي الشهيد في مسألة الظئران اجماعي قال « مانصه »
من قواعد الفقهاء ان الحر لا يضمن باتبات اليد اذ لا اثر لليد في غير المال واستثنى من هذه القاعدة ثلث
مسائل مسألة الظئر ومسألة المتأدي غيره ليلاً فخرج ومسألة تلف الصبي المصوب بتلف الغاصب كلدغ الحية
وهو قوي جداً ولا سيما اذا قصد ائتلافه بل في جامع المقاصد انه اذا قصد توقع التلف بغصبه وقطعه عن
يعتني به ضمنه اجماعاً وينبغي التأمل في هذا الاجماع مع ان المشهور عدم الضمان من غير تفصيل ولعل الوجه
في ذلك انه سبب للائتلاف وقاصد له فكان كالقاصد للقتل بالنادر كاديرة والخزفة لانه لا يعلم انه
اضره الا بالقصد كما تقدم فليتأمل والصعب لا يستطيع دفع المهلكات عن نفسه وعروضها له اكثر
فلا يبعد ان تحصى القاعدة بعدم ضمان الحر بذلك كما خصصت بالظئر والمخرج لغيره من منزله ليلاً
لكن ظاهر التمسك انه مستثنى بالاجماع او غيره لا لمكان التسبب والا لاستثنى كل تسبب وما
حصى ذلك بالذكر فليلاحظ او نقول ان القاعدة انما تثبت بالاجماع ومقده انما هو عدم ضمان الكبير والصغير
المصوب الذي كان تلفه بالموت الطبيعي فتأمل وتام الكلام في باب الديات (قوله) ❀ ولو فتح باباً على
مال فسرق او دل سارقاً او ازال قيداً عن عبد عاقل فأبق لم يضمن ❀ اما انه لا يضمن في المسألة الاولى
فقد صرح به في اشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس وجامع المقاصد
والمسالك ومجمع الرهان والكفاية وسبب الاخير انه المشهور وليس في عمله لانه لا يخالف فيه قبله ممن تعرض
له (وجهه) انه لم يوجد منه اثبات اليد على مال ولا مباشرة ائتلاف ولا سبب يمكن نيل الضمان به
وحكي شيخنا في الرياض عن حاله مولانا الاستاذ الشيخ محمد باقر رضي الله تعالى عنه انه قال بالضمان او مال
اليه لان قوة المباشر لا ترفع الضمان عن السبب مع وجود ما يفي ضمانه ايضاً وهو نفي الضرر والاضرار
فلا يتمتع الحكم بضمانهما معاً وتحجير المالك في الرجوع الى ايهما شاء كما هو الشأن في الايدي المقتربة على
الغصب وفي الرياض لولا الاجماع الظاهر المنفرد بالاصل لكان القول بالضمان في غاية الحسن (قلت)
قد سمعت ما قضى به تبعنا وما في كتف الثام ومجمع الرهان من ان المباشر يقدم على السبب (واما المسألة
الثانية) عدم ضمانه فيها خيرة السرائع والنافع والتذكرة والدروس وعاية المراد وجامع المقاصد والمسالك وفي
الكفاية انه المشهور وفي المسالك انه ظاهر الاصحاب وخلاف الارشاد نادر وقال في غاية المراد قد تصفحت
كتب اصحابنا فلم اجد احداً قال بالضم في هذه الصورة الا المصنف في هذا الكتاب يعني الارشاد
وحكم في التحرير بالضمان فيها تم استشكله وقد نص نعم الدين والمصنف في باقي كتبه في عدم الضمان (قلت)
لم يتعرض له احد قبل المحقق فيما اجد من لو وحد التمسك غيره ممن تقدم عليه لذكره وهو شاهد بصحة
تبعنا ولم يذكر هذه الصورة في التبصرة مع انه ذكر الصورة الاولى وفي جامع المقاصد ان المصنف
في الارشاد يخالف لجميع الاصحاب على ما يظهر من شرح الارشاد وان قول الارشاد لا ينطبق على
اصول مذهبنا وفي الرياض ان الاجماع ظاهر كما تقدم (قلت) الكل قد عولوا على التمسك وقد عرفت ان
المصرح بعدم قله اثنان لا ثالث لهما بل احدهما في احداقواله هم قد بظهر ذلك من نحر الاسلام كما نستسمع
فكان قول الاستاذ بالضمان في هذه الصورة ايضاً كما في الارشاد غير مخالف للاجماع كما استظهره ابن
اخيه ولو كان الحكم بالعدم اجماعياً خزم به في الدروس وما قال على الاقوى والمقدس الاردبيلي قال
بالضمان او مال اليه وقد عرفت انه استشكل في التحرير وقد فسر نحر الاسلام عبارة الارشاد بما اذا
كان مستأثماً فداس السراق على امانته وهو كما ترى ولو كان كذلك لما كان للاستشكل في التحرير وجه
هذا وشيخنا صاحب الرياض يستظهر في مسألة العبد كما يأتي انها ليست محل اجماع من تردد صاحب

ولو حفر بئراً في غير ملكه او طرح المعائر في المسالك " متن "

الكفاية فكيف يستظهر هنا الاجماع مع مخالفة هؤلاء (وليعلم) ان هذه المسئلة لما كان احتمال قوة السبب فيها تلي المباشر فائماً كانت خلافية بخلاف الاولى فانه لا مجال فيها هذا الاحتمال فزاع الاستاد في الاولى في اصل القاعدة وتزاع المصنف في الارشاد في خصوص الفرض (واما المسئلة الثالثة) فقد نص فيها على عدم الضمان ايضاً في الشرائع والنافع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد وقيد في التذكرة وجامع المقاصد والكفاية بما اذا لم يكن آبقاً قال في التذكرة وان لم يكن آبقاً فلا ضمان وان كان آبقاً ففي الضمان اشكال من حيث استناد فعله اليه فكان مباشراً ومباشرته معتبرة لانه عاقل بخلاف المجنون ومعناه انه يقدر على منع نفسه من الابقاء المحرم فلو فات شيء من العين او المنفعة فهو مستحق له مباشر له ومن حيث ان المالك قد اعتمد ضبطه فاطلاقه اطلاق عليه اية مكان كحل المجنون والهينة ومعناه انه لو لم يفكه لم يقع ما وقع من التلف اذ لا شك في صدق السببية وليس هناك مباشر يمكن اخذ الحق منه وكونه قادراً على التحفظ مع عدمه لا ينفع وهذا اقوى لمكان التسبب كما يأتي في غصب آخر الصغير مع صدق التصرف في مال الغير لانه بهذه العادة قد اشبه الدابة ونحوها وفي جامع المقاصد ان الاول لا يحل عن وجاهة ولعله يتأمل في التصرف والسببية وقال في الدروس لو فتح باباً على عبد محبوس فذهب في الحال ضمنه عند الشيخ ونقل عن كل العامة عدم الضمان ولا فرق بين كونه عاقلاً او مجنوناً آبقاً او غير آبق بالغا او صبيبا انتهى وكأنه متردد في المسئلة اذا كانت الفتح مثل الفك ولعله غيره (قوله ' ولو حفر بئراً في غير ملكه ') اي ضمن وهذا يشمل ما اذا حفر في طريق مسلول او في ملك الغير فقط او المشترك وقد طفحت بذلك عباراتهم في باب الديات وباب الغصب وبالأول صرح في ديات المنفعة المراميه وبالثاني صرح في ديات المسبب والغنية والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد والمسالك ومجمع البرهان وبالاخير صرح ايضاً في غصب الشرائع ايضاً وما ذكر الآت بعدها مع زيادة التذكرة والدروس وظاهر ديات الغنية الاجماع فيهما مع زيادة الملك المشترك واطلاقهم في الاخير يشمل ما اذا كان المتروك المالك او غيره دخل باذن المالك ام لا ويشمل ما اذا كانت البئر مكتسوبة او مغطاة وقد خلت حملة من عباراتهم في الاول عن التقييد بعدم مصلحة المسلمين كالمنفعة والمراسم والغنية والسرائر وقضية ذلك انه يضمن وان كان فيه مصلحة كما صرح به في الايضاح لكن الشيخ والمصنف والشهيد الثاني والاولى الارديلي نقوا الضمان اذا كان الحفر في الطريق لمصلحة المسلمين العامة كالحفر للبالوعة والاستقاء ونحو ذلك واستحسنه المحقق وقد يلوح من السرائر واطلاق الاخبار مع ما فيها من العموم اللغوي وترك الاستفصال بقضي بالزمان مطلقاً حتى في السببية الغير الغالبة (ففي خبر السكوني) من حفر بئراً في طريق المسلمين وفي خبر زرارة من حفر بئراً في غير ملكه وفي الموثق ما حفر في الطريق او في غير ملكه فهو ضامن لما يسقط فيها والمستفاد من هذه الاخبار ان التعدي موجب للضمان فدالاتها تلي الحفر في المشترك لصدق تعديه بالحفر مع اطلاق الفتاوى بضمين المتعدي بالحفر واحتمال تعديه بجميع الحفر وان كان شريكاً مبني على توقف الاجتناب عن الحفر في غير ملكه عليه في ملكه من باب المقدمة ويحتمل انه يضمن النصف مطلقاً ويحتمل ضمان النصف ان كان الشريك واحداً او الثلث ان كان اثنين وهكذا وقد استوفينا الكلام في المسئلة واطرافها في باب الديات بما لا مزيد عليه (قوله) ﴿ او طرح المعائر في المسالك ﴾ كما في الشرائع والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمعاثر جمع معثرة كاللدة والقمامات كقشور البطيخ ونحوها وبالضمان في الاخير صرح في ديات المبسوط وغيره وخصص الضمان في الشرائع والتحرير والارشاد بمن لم ير القمامة والاصل في ذلك عموم صحيح الحلبي والكتاني من اضر بشيء من طريق المسلمين فهو له ضامن وانه سبب وان الطريق لم يوضع

او اتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة وان لم يكن هناك غصب ضمن ولو ارسل ماء في ملكه فاغرق مال غيره او اوجع ناراً فاحرق لم يضمن ما لم يتجاوز قدر الحاجة اختياراً مع علمه او غلبة ظنه بالتعدي الى الآخر فيضمن « متن »

لذلك فيكون وضعها متسروطاً بالسلامة وقد استوفينا الكلام في المسئلة واطرافها في باب الديات (قوله)
 ✽ او اتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة وان لم يكن هناك غصب ضمن ✽ لو اتلف منفعة كسكنى الدار وركوب الدابة ضمن ما اتلفه قطعاً كما في جامع المقاصد واثلاف المنفعة بمعنى استعمال عينها واستيفاء منفعتها قال في التذكرة منافع الاموال من العبيد والشياب والعقار وغيرها مضمونة بالتفويت والقوات فلو غصب عبداً او جارية او توتوا او عقاراً او حيواناً مملوكاً ضمن منافعهم سواء اتلفها بان استعمالها او فأت تحت يده بان بقيت في يده مدة ولا يستعملها عند علمائنا اجمع وبه طفحت عباراتهم في باب الاجارة في مسئلة اجارة الدراهم والدنانير (والحاصل) ان ضمان المنفعة اذا اتلفها بمعنى استعمال العين واستوفى منافعها مما لا ريب فيه حتى يفي بمنفعة الحر كما سيأتي ان شاء الله تعالى ويتصور اثلاف المنفعة وان لم يكن غاصب العين فيما اذا اجره داره او دابته ثم غصبها منه واستوفى المنفعة وفيما اذا دخل الضعيف على القوي في داره او ركب الضعيف مع القوي دابته فان الغصب غير متحقق لانتهاء الاستيلاء مع كونه صاحب يد فيضمن المنفعة (قوله) ✽ ولو ارسل ماء في ملكه فاغرق مال غيره او اوجع ناراً فاحرق لم يضمن ما لم يتجاوز قدر الحاجة مع علمه او غلبة ظنه بالتعدي الى الآخر فيضمن ✽ حاصله انه لا بد في الضمان من تجاوز قدر الحاجة اختياراً مع علمه بالتعدي او غلبة ظنه به وهو حيرته في باب الديات من الكتاب في احد الوجهين كما ستسمع وحيرة الارشاد والشرائع في الباب وجامع المقاصد وتعليق الارتداد والكفاية وكذا مجمع الرهان في موضعين منه لكن في بعضها التعبير بالظن دون غلبته ولعلمهما بمعنى اصطلاحاً وفي الكفاية انه اي الضمان اذا اجتمع الامران المقطوع به في كلامهم ولا يعرف فيه خلافاً وفي المسالك انه لاشبهة فيه (وقضية) كلامهم انه لا يضمن مع احد الامرين ووجهه انه فعل مأذون فيه شرعاً لانه له ان يتصرف في ماله كيف شاء فلا يتعقبه ضمان ولا يعد ذلك تفریطاً حيث لم يتجاوز حاجته اذا ظن ولم يظن التعدي اذا تجاوز مع اصاله الرائة من الضمان (واختير) الضمان باحد الامرين يتجاوز الحاجة او ظن التعدي في التحرير واللمعة في الموضعين لتتفق السببية الموجبة له ونحوه ما في الكفاية ايضاً من اعتبار الظن القوي (واعترض) في الدروس احد امرين اما تجاوز قدر الحاجة او العلم بالتعدي ولم يكتف بالظن ولم يعتبر الهواء فتى علمه وان لم يكن هواء ضمن وان لم يزد عن حاجته فينبى وبين اللعنة مغايرة وخيرة الدروس هو ظاهر كلامه المبسوط (وعنه) اي الشهيد في بعض فتاواه انه اعتبر في الضمان احد امور ثلاثة مجوزة الحاجة او عصف الريح او غلبة الظن بالتعدي وقد اطلق في المنفعة والهاية والمبسوط والسرثارة اذا اشعلها في ملكه فحملتها الريح الى غيره فاحرق فلا ضمان فلا بد من تبريله الى ما اذا عصف الهواء بفتة بعد الاشتعال وقال في غصب مجمع الرهان دليل الضمان مع التجاوز عن قدر الحاجة مع العلم او الظن بالتعدي والقدرة على العدم والمنع العقل والاجماع والسببية مع عدم العذر وكذا عدم العلم مع انتفا الجوع واما اذا انتفى البعض ففي بعض افراذه تأمل وهو ما اذا كان قادراً وعلماً ولكن ما يتجاوز عن قدر الحاجة (قلت) لعله لا ريب في الضمان اذا علم التعدي فترك قطعه اختياراً وان كان فعله بقدر حاجته لان ترك قطعه مع علمه تعدي وقدرته على قطعه تعد محض فليتأمل وبعبارة الكتاب في الديات هذه وان كان الهواء عاصفاً ولا حائل او اوجع اكثر من قدر الحاجة مع غلبة الظن بالتجاوز ضمن ونحوها ما في عصب التذكرة وظاهرها انه لو اوجع قدر الحاجة وكان الهواء عاصفاً بمعنى غلب على فنه التعدي لمكان عصف الهواء ضمن فان كان قد اوجع اكثر من قدر الحاجة مع غلبة الظن لمكان عصف الريح وعدم

ولو منع غيره من امساك دابته المرسلة فتلفت او من القعود على بساطه او منعه من بيع متاعه فتقصت قيمته السوقية او تلفت عينه لم يضمن ولو مد بمقود دابة فقادها ضمن الا ان يكون المالك راكباً قادراً و يضمن حمل الغصب لا حمل المبيع بالغائب « متن »

اصلاً اذ حفر البئر قد لا يقصد به الحافر توقع العلة الموجبة للتلف ولا قصدوا اكثر من بيع متاعه قطعاً كما نص عليه هو فيها مضى ومثل حبس المالك عن حراسة ماشيته حبسه عن سقي زرعه ونخيله حتى فقد (قوله) ولو منع غيره من امساك دابته المرسلة فتلفت او من القعود على بساطه او منعه من بيع متاعه فتقصت قيمته السوقية او تلفت عينه لم يضمن **❦** قد تقدم الكلام في المسائل الثلاث عند قوله ولا يكفي رفع اليد (قوله) **❦** ولو مد بمقود دابة فقادها ضمن الا ان يكون المالك راكباً قادراً **❦** كما في جامع المقاصد والمساالك والكفاية وهو معنى قوله في الارشاد ضمن الا ان يكون المالك راكباً الا مع الاجزاء اذ معناه الا ان يكون المالك ملجأ غير قادر على دفعه بوجه ومعنى قوله في الدروس لو مد بمقود دابة وصاحبها راكبها فلا استقلال الا مع ضعفه عن المقاومة وزيد في اللمعة والروضة على ما في الكتاب الوصف بكونه مستيقظاً واقصر في الشرائع على كونه راكباً ولم يقيد بكونه قادراً ولعله نظر الى الغالب وفي المبسوط لو مد زمام الناقة من مكان الى مكان وصاحبها راكب عليها لم يضمنها لانه لم تزل يده عنها ولم يقيد ايضاً بالقادر (ووجه الضمان) في المستثنى منه انه اذا مد بمقودها وقادها تحقق استيلائه عليها واستقلاله بها فيضمن ولو كان مالها حاضراً عندها لكنه غير مثبت يده عليها وكذلك الحال لو ساقها قدامه بحيث صار مستولياً عليها لكونها تحت يده ولا جراح لما تحقق معنى الغصب فيه (ووجه العدم) في المستثنى عدم استقلاله بها واستمرار يد المالك عليها لكن قد تقدم انه اذا دخل الدار قهراً مع مالكها انه يضمن النصف وبه صرح الاكثر وقال في التنقيح لا فرق بين المستثنين وهو اي عدم الفرق ظاهر النافع وشرح الارشاد للفرق الاسلام حيث جعل في مسألة الدار قولين كما تقدم بيان ذلك كله فينبغي ان يضمن هنا النصف او ابداء الفرق الا ان نقول ان القائد لا استيلاء له مع المالك راكب على نصف ولا ربع لان راكب اقوامها بدأ واكثرهما تصرفاً ولهذا لم يحكم له بها كما هو المختار لكن يجب على المحقق الثاني والشهيد الثاني حيث رجحنا في الصلح انها بينهما نصفين تبعاً للخلاف والسرائر ان يقولوا هنا بانه يضمن النصف وقال الثاني في باب الديات ان جنايتها بيدها على راكب والقائد بالنصف بل يمكن فيما نحن فيه ادعاء قوة يد القائد هنا بحيث تساوي يد راكب لانه قادها والمفروض في باب الصلح والقضاء انه قابض لجامها فتأمل جيداً (ووجه الضمان) فيما اذا كان المالك راكب غير قادر ان الاخذ مستول قاهر فيد المالك كالعدم فكان غاصباً وظالماً وقد تأمل فيه المقدس الاردبيلي لان المالك ايضاً متصرف ولهذا يحكم له باليد وقد تقدم مثله في الداخل على ساكن الدار الذي يضمن بضعفه من غير ازعاجه هذا ولو اتفق تلقها بقودها حيث يكون راكب قادراً قوياً على الدفع ضمنها كما في التحرير وجامع المقاصد والروضة لانه جاز عليها وفي مجمع البرهان انه لا شك فيه وهل يضمن منفعتها لو لم تلتف احتمالان وقد قوينا الضمان في الروضة وكأنه مال اليه في جامع المقاصد لان منافع غير الحر تضمن بالفوات وقد باشر فواتها وقد تأمل في مجمع البرهان وقال في جامع المقاصد لو ساق الدابة وكان لها جراح فشردت بسوقه فوقعت في يده ضمن (قلت) ينبغي ان يفرض انه غير قادر عليها فيضمن حينئذ لان كان سوقه سبباً واما اذا كان قادراً عليها فانه يكون غاصباً لها ضامناً لها على كل حال ولا حاجة الى جعل سوقه سبباً (قوله) **❦** ويضمن حمل الغصب **❦** كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة والمساالك والروضة ومجمع البرهان والكفاية لانه مقصوب كالحامل والاستقلال عليه باليد حاصل بالتبعية لانه (قوله) **❦** لا حمل المبيع بالغائب **❦** كما في الدروس

والسوم والحر لا يضمن بالغصب وان كان صغيراً ولو تلف الصغير في يد الغاصب بسبب كادغ الحية ووقوع الحائط ضمن على رأي " متر "

وحامع المقاصد والمسالك والروضة وكذا مجمع الرهايا ولعله قصية كلام الباقيين الا من ستعرفه لانه ليس ميعا فمدخل في البيع فيكون امانة في يد المشتري لاصالة عدده الصمان ولان تسلمه بادن الدائم مع احتماله لعموم قوله صلى الله عليه وآله وسلم في ايده ما احدث حتى تؤدبه وهو حيرة الشرائع والتذكارة والتحرير وقال في الدروس لعل الغاصب اراد مع اسرار رحوه (قوله) **والسوء** كما في الدروس والارادة التي ذكرت بعده فيما قبله ولعله قصية كلامه في الا تذكرة فانه صرح فيها بانه بصدده (قوله) **والسوء** واخر لا يضمن بالغصب وان كان **صغيراً** فان في مجمع الرهايا الطاهر انه لا خلاف في ان الحر لا يضمن بوضع اليد والغصب لانه ليس بمال فلا مدخل تحت يد المنتصرف فان ابات اليد والتصرف انه قال في الاموال ولا فرق في ذلك بين كونه صغيراً وكبيراً غير قادر على الدفع عن نفسه وعنده ومحمولاً عاقلاً تلف بموت او تشيئ ليس للقبض فيه مدخل اسي وهو كذلك الا ما يظهر من المفاتيح حيث قال فيل ان الحر لا يضمن الى آخره ولم لعله يظهر من ادفع حيث ساو بين الموت بدم وغيره من المال . كان لا يضمن كالموت ولدع الحية فقولان وفي اهدد المارغ وانقصر ان الاصحاب في خلافه واعتقد عنه في التنقيح بانه مسامحة ولا يصح ان في الكسوة من ان عدم ضمان الحر بالغصب هو المهم ولعله عد تعرض القدماء له والا فلا يجد محلاً لانه قد صحت عبارات المتأخرين بان الحر لا يضمن بالغصب وطاهرهم انه لا يضمن عيباً ولا منفعه وانه صرح جماعة ولا بد من تخصيص خصوصاً في المصلحة اذا استوفاهما واحموا الى انه يضمن لو صاب نفسه من الغاصب كخيانة على نفسه . طرزه مائة . اهـ . فيما بل هو ضروري وفي التنقيح انه لا خلاف فيه وفي الروضة الاحكام انه لا يضمن الدمار مثلاً . وفيها ابصاراً وفي السقيح الاحكام انه لا يضمن الصفة اذا كان له ما يوثق الطيبي (قوله) **وله تلف الصغر** في يد الغاصب بدم كادغ احييه . وقول **في يد الغاصب** في يد الغاصب في احوال والدروس وفيه قوة كما في المختلف وحسب كما في المنقصة وهو حيرة الدروس في باب احوال . النصرة . ومليق الارصاد وجمع الرهايا وقد افي جمع في جامع المنة . وكما في مال اليه فيه والخلاف الشيخ في نصب المتوسط والمحقق في طاهر السريع او صرح او هو فيها . ودد والشيد في دهر اطلاق المصلحة وفي الاصحاب انه اقوى وقد يظهر ذلك من وضع من التذكرة . حكاه اولاً في احوال في قوى الاول كما سمع . كما في ميل اليه في المسالك **والسوء** . اهـ . في اوله لاسهر وفي الثاني انه اسهر . هو كذا ترى ولا ربح في النافع وكتف الرموز والتحرير والارصاد والتذكرة في موضع مدابة الماد والتنقيح . اهدد المارغ والروضة والاول اقوى لانه صرح بانه مع عدوانه وكان كالحاصر بل هو اموى منه لان عدوانه اهدد له كتيبة بل قصد القتل بمن ذلك ممن متوقع ووكان في مكانه ما لدخه احييه وليس هو . هـ . ا . ب . دفع المهلكات عن نفسه وليس هناك ممانعة من السبابة التي يمحكون به اذا قل حد صغيراً . اهـ . محمولاً مملوكاً للعير ضمنه سواء . لله ان . حه . مصيغه لانه عرف بعد ادن امالك صرح به في التذكرة وقضته ان الكبير ليس كذلك ولهذا استكرو في ضمان العد الكبر العامل بعق قيده وطاهرهم ان عبر الفك كالفك فكان المدار في الفرق بين اسلمه ك الصغير والكبير على التسبب مع عدده القدره على دفع المهلكات فلا فرق في خصوص هذا بين آخر والعبد فتأمل جيداً مصاف الى ان الغاصب يضمن العدوان والى الاعتراض بالحر من استعمار حرراً صغيراً فعيب ضمن به على ان الاستعارة اهل من الغصب . مل وبما قيل من ان فتح هذا الباب يفضي الى الاحتياط بذلك الى قل الافعال وله بظائر غير احقر في باب الدفات

ولو استخدم الحر فعلية الاجرة ولو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الاجرة نظر « متن »

كمن قرب صبياً الى الرماة وهو لا يعلم بهم وهو غير غاصب له وليس للقول الآخر الا الاصل وعدم المباشرة وذلك لا يجدي مع ظهور السبب (هذا) وقد يستل عن حكم المصنف هنا بالضمان واستشكله فيه فيما اذا نزل صبياً حراً الى مضيفة فافتقره الاسد مع ان القائد في المضيفة اقرب الى توقع الهلاك مما نحن فيه فليحفظ ذلك وليتأمل فيه وفي الدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ان المجنون كالصغير بل في الاخير ان الظاهر عدم الفرق بينهم وبين الكبير اذا حبس بحيث لا يقدر على الخلاص منه ثم حصل في الحبس شيء اهلكه اظلمته وعدم قدرته على الفرار من اذيته فكان كاطفل بل كالحيوانات التي لا شعور لها لمكان الاشتراك في العلة وفي جامع المقاصد والروضة انه لو كان بالكبير خبل او بلغ رتبة الصغير لكرر او مرض في الحاقه به وجهان (قوله) ولو استخدم الحر فعلية الاجرة كما في الترائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة والمسالك ومجمع البرهان وكذلك المنة والروضة وفي الرياض انه لا خلاف فيه وفي مجمع البرهان لعلمه مما ليس فيه خلاف لانه قهره واستعمله في عمل واستوفى منفعه وهي منقومة فلهزم ضمانها وبعبارة اخرى انه اخذ منه شيئاً له عوض بغير عوض فكان كأنه غصب منه مالاً واتلفه (قوله) ولو استأجره لعمل فاعتقله ولم يستعمله ففي استقرار الاجرة نظر ولا ترجيح ايضا في التذكرة والارشاد وغاية المراد واختير عدم استقرارها في الترائع والتحرير وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة والرياض واحارة جامع المقاصد ومجمع البرهان لان منافع الحر لا تضمن الا بالتفويت والاستعمال لا بلفوات لعدم دخول الحر تحت اليد والضمان لانه ليس بمال ولا صلة الرائة من الاستقرار (والذي اقواه مولانا الاردبيلي استقرارها اي الاجرة بذلك وهو خيرة اجارة التذكرة والمسالك لانها وجبت بالعقد وقد انقضى زمان يمكن فيه العمل مع بذل المؤجر ومنع المستأجر فكان المستأجر بحبسه له سبباً في تضييع الاجرة عليه فتسنقر كما لو استأجره زماناً معيناً ثم اعتقله فيه فانه يسنقر عليه مال الاجارة قولاً واحداً كما في المهذب البارع ولا نزاع فيه كما في حواشي الشهيد تأمل ما حكاها في جامع المقاصد لان موضوع المسئلة وموضع الخلاف ما اذا وقع العقد بل العمل فحبسه مدة يمكن استيفائه ولهذا قالوا لو استأجره لعمل وموضع الاحماع ما اذا تعلقق الاشارة بالزمن المامين بل نقول ان العقد موجب للمعوضين وقد نزل هذا عوضه فيلزم الاخر العوض الاخر كما في نفقة الزوجة والمهر فانها تجب لها النفقة اذا مكنت من نفسها وان لم يستمتع بها كما يجب عليها تسليم نفسها اذا تسلمت المهر بل قالوا انه يضمن الاجرة لو استأجره اقلع ضرره فرب بعد ان مضت مدة يمكنه القلع فيها بادلاً الاجير نفسه وانما كان التأخير من جانب المستأجر فيقطع الاصل بذلك والقاعدة القائلة بان منافع الحر لا تضمن لا تنفصل محل النزاع فليتأمل جيداً (وقد) نبى الوهبي في الايضاح على ان اجارة الحر نفسه هل هي تملك للمنافع بعوض او التزام للعمل في ذمته كالدين في ذمة الحر فلا يسقط الا بالاستيفاء او البراء قال والاشبه الثاني لان الحر يستحق عليه في ذمته ولا تملك عينه ولا منافعه لانها معدومة فتتبع الاصل في الملك واليد وهما منفيان في الحر (قلت) حاصله ان الحر لا يملك ولا يملك منه وانما يملك عليه وان منافعه معدومة وليست تابعة لعين مملوكة فكيف تملك ثم قال ويرد عليه استحقاق المستأجر الاول اجرة المثل على من استعمل الاخير الخاص تانياً ومعناه انه لو استأجره آخر ضمن اجرة المثل فلولا انه ملك منافعه لما استحقى الاجرة على من استعمله ولو كانت ديناً في ذمته لكانت الاجرة للوجب لا المستأجر لان الدين لا يتعين لمستحقه الا ببذله ولا نسلم تبعية المنافع للعين مطلقاً كما لم الولد فان عينها لا يتصرف فيها ويتصرف بمنافعها والعين المملوكة

ولو جسد صانعاً ولم ينتفع به لم يضم احرقته " من "

يجوز بيعها ولا يجوز بيع من معها ويرد عليه ايضاً ما سمعته في الاستئجار لقطع الصرس وانه يجوز له ايجاره
في السنة - زمل وويده انه يصح اداء الخرس الذي استأجره وان سمعته لا ذميين واء الاحرة
المعينة ان يستأجر داراً او دابة معينة مهدة لا يصح الا اداء منها فليجده (كيف كان) وعلى الاول
تستقر دور لباني وقال في حرم اداء في هذا لئلا يطراد لا يلزم من ملك اداء مع استقرار الاحرة
باحس امدد المدكورة لار العقد المملد اداء يسوحب الاستقرار فلا ذم على منته نصي المدة
المدكورة انتهى ومعناه ان اداء من ان الاحرة اذا كانت - عمل كما اراد - لم يلد للعن العلابي ومعب
مدة يمكن فيه استيعاء العمل والعبد في يده اسقرت الاحرة عليه اما يتم في العمل اداء - ادخل تحت يده
ويعد مصدور باسناد البدن متعلقه ولا يكون ذلك الا في الاعيان الممثلة من الدليل - امدد واهم من
استقرارها نصي المدة لأن منافعها قد صرت تحت يده ممكن للمناحمو عليه لانه كونه اداء - اداء اذا
استوى في المقصود فوجب عليه العوض ولا يتم ذلك في الاموال التي تصدر عن الحر لانه لا يمكن دفعه تحت
اليده حمل ضار اذ ليدله فلا يصح كونه ذابذ هذا المعن امن سد اسبلا - مهتر كما - اليد
في الاموال التي يقتضي طاهها الملك اذ الشخص الذي يملكه ولا يكون بملوكا يبيع في حرمه
ذلك اذ يقرر ذلك اقسامه ان كانت مملوكة الا ان امكنها معدومة لا يتصور دفعه تحت اليد اسبلا لا
كان هو لا بدخل تحت اليد امتنع دفعها منه والمحمل تحت المدة منحصري الاستقلال والذميه واهم
دخولها بالكلية فلا تكون مصبقة ولا تستتر سوا مصبقة مدة يمكن فيها العمل ام لا نعم اداء - واهم ان
قد قبضها ويصممها ويكوب حكمهم باستقرار الاحرة في قطع الصرس لما حازف الاصل (والحق في) القول بان
ادفع معدومة ناطل قطعاً في اداءه حودة امددة الاحرة ولهذا عدت مالا وحمل - العبد لان
العقد لا يرد الا في حرمه اداء في حكمه الاربابه يجوز ان تكون الاحرة دسالة لما باحق المصعة
بانه حرمات كان في معنى بيع الدين بالدين فصح انه ان يقووا انه مملوكة - مهتر في يده واهم استيعاها
حتى تلفت الى ملكه فكان تدبها منه ومن ماله واهم - مثله الذي - مثله الاحدية الخاص - مهتر
بها على الاصل ولا يرد - ذلك الا لار - العيين والحواب - مهتر - الاربابه من القول بان اسماع
معدومة اما هو للعامة كما - كاه - مهتر في التدكوة اطال في ا - عليه وقال في جامع المقاصد - مهتر
التمديد الاستقرار في مصححه ابيه - مهتر اجمع ملكها المستأجر فلهما - مهتر اذ - مهتر المصم
باستقرار الاحرة - قلع اداء من مع - مهتر سيق اتمكين من عمله - مهتر اهدا مراده في الاصحاح كما انه
اليده قال واخترق ان هذا هو تمليك منافع اداء اتم استيعاها حتى ته - مهتر اجماع اداء - مهتر
شبه احركه انه في اداء المراد التي تاتي في الاصحاح من - مهتر واهم - مهتر في اسئلة الاسئلة والله في
هذه قوله - مهتر حاس صانعاً - مهتر ينتفع به يضم احرقته - مهتر امدد - مهتر في اداء الاستا - مهتر الحماية
والقصص به في التبراع والنافع واخترق - مهتر اداء التدكوة - مهتر السارح المسائل - مهتر ولا مطع في
التذكوة واهم قال هو الاقوى ولا تعرض له في غيرها فيما احدث واستمع ما حكاه من اداء - مهتر لا ديلي - مهتر
من ان منافع الحر لا تدخل تحت اليد تدبها له واشتبهت بقاء اداء تلف عليه اطاراه وقد - مهتر الصالح
المقدسان الاردبيلي والاستاد قدس الله روحهما فيما اذا كان الحاس سبباً معه تأمنا مع المحرم لان في عدم
تضمينه ضرراً عظيماً فانه قد يموت هو وعياله حو مع كونه مسلماً عادياً ووجود ما يدل على حراز التعدي فما
اعتدى وحزاء السبئية سبئية والتقصص ويحو ذلك (وحاصله) ان الضمان ليس للغصب بل لمكان الضرر العظيم المنفي
واحتمل في الرياض احتصاص كلام الاصحاب صورة عدم استبراء احس التوفيت بل العوات حصة قال -

ولو استاجر دابة او غداً حبسه بقدر الانتفاع ضمن ولو غصب حمراً من مسلم او من متظاهر لم يضمن ولو كان كافراً ويضمن من الكافر المستتر وان كان مسلماً « متن »

ويظهر الفرق بين صورتين فيما اذا حبسه مدة لها احرة في العادة فان كان لو لم يجبه لحصلها كان حبسه سبباً لتفويتها فيضمن هنا كما ذكرناه وان كان لو لم يجبس لم يحصلها ايضاً لم يكن حبسه سبباً لتفويتها وهذا هو مراد الاصحاب بحكمهم نبي الصمان فيه انتهى (قلت) يدفع ذلك كله قولهم جميعاً الا المصنف في التذكرة لو حبس صانعاً ولم يقولوا حراً ولا رحلاً وذلك لان صاحب الصنعة بما ملته احرة غالباً مضافاً الى كلامهم في المسئلة الاولى هذا وكما رتبوا الحكم على الصانع رتبوه ايضا على الحبس الا في التنصرة فانه عبر بالنفع مع انه قال في التذكرة اما لو منعه عن العمل من دون حبس لا يضمن مناهمه وحياً واحداً لانه لو فعل ذلك بالعبد لم يضمن مناهمه فالحر اولى (قوله) ولو استاجر دابة او غداً حبسه بقدر الانتفاع ضمن كما في الشرائع والتحرير والمسالك وهو قضية كلام من قال ان الدابة مال تضمن مناهمها بالموت والتفويت فعليه لو استأجرها لعمل معين فحبسها مدة يمكن منها استيفاء المنفعة سقط حقه من الممنوعة واستقرت عليه الاسرة بل مالوا انه يسقر عليه الاحرة ولو كانت الاحارة فاسدة لم قضية كلامهم وصرح التحرير انه لو حبسها من دون احارة ضمن كما انهم قالوا في باب الاحارة انه لو نزل له العين المؤخرة فلم يأخذها حتى انقضت المدة استقر الاحر عليه ان كانت الاحارة صحيحة والا فلا والوجه في ذلك كله ظاهر مما تقدم (قوله) ولو غصب حمراً من مسلم او متظاهر لم يضمن وان كان كافراً او يضمن من الكافر المستتر وان كان مسلماً ولو غصب حمراً وانلمها فلا يخلو اما ان يكون العاصب المثلث مسلماً او كافراً والمعصوب منه اما مسلم او كافر فالاقسام اربعة (الاول) ان يكونا مسلمين فلا ضمان عليه احكاماً كما في التذكرة وبلا خلاف اي بين المسلمين كما في الخلاف وما في المختلف من انه الاشتهر وفي المسالك من انه الاشتهر فاتفقا هو مكان خلاف ابي علي قال انه يضمن الجمر المغصوبة بمثلاً حلاً واطلق وقد فهمنا منه انه امسكها للتحليل ولا بد ان يكون اراد ذلك وذلك اي عدم الصمان لو غصبها المسلم من مثله صرح عباراتهم كعبارة المبسوط والخلاف والسرائر والعهود وغيرها وانعقدت عليه احكامهم وشرايتهم وهي باطلا فاتفقا تشمل ما اذا كان قد اتخذها للتحليل او لغيره ان صرح التبيين وانحقق الثاني بانه لا يضمن اذا كان قد اتخذها للتحليل وبما يات في المسالك انه انتمى وقال الاحرار انه حر ايضاً (ولعلنا) انه يجب عليه ردها مع قيام عيبتها ولو نخلت ردها حلاً لان الملك ور زال الا ان تواضعه بامته وهي ا ولو له وهذا لا يحجز عنه كانه ذلك في باب الرهن وفي مجمع الزهراء ان حروجه عن ملكه بامرية سيطر و يدل عليه حوار احده واهراقه وعدم الصمان بعصه بل مد مع حوار ذلك مما اذا اتخذ للتحليل وان لم يكن اما لعدة وحود تملك يمكن عوضه لان الجمر لاء من ساء اما مد حكمه بالنسب خصوص اذا كان متخذاً للتحليل او باخل كما قيل انتهى وقام الكلام في باب الرهن وظاهر المقام ان حروجه عنه ان كان احدها للتحليل ضمن اي التمام (الثاني) ان يكون المثلث في الدرس ا - كانه كافراً في الخلاف نبي الخلاف عن نه لا يضمن و - ظفحت عباراتهم كالمسوط والخلاف والسرائر - ما - حروجه عن ذلك (الثالث) ان يكون العاصب المثلث مسلماً وصاحبها كافراً ما كان متبوعاً - ما - حروجه عنه لا يضمن ولا ضمان وكانه لم يخله فيه ادراك لان التبرع انما الزمان امر في حصة من دار ما الاحسان اما ان كان مستترا فعليه حبه باجماع الفرقة واحارهم كما في الخلاف والاحكام ايضا بظاهر المبسوط والسرائر والتذكرة والبارات في ذلك اعمي الحكم بين نصة وطاهرة (الرابع) ان يكونا كافرين من كان المعصوب منه مستترا فعليه حبه اي باجماع الفرقة واحارهم كما في الخلاف والاحكام ايضا بظاهر الكتب التمهيدية ايضا وانه صرح حمله من العبارات وشملته الاخر -

بالقيمة عند مستحليه لا بالمثل وان اتلف الكافر على اشكال ولو نقل صيباً حراً الى مصرية
فاقرسه السبع يعني الضمان اشكال ولو فتح الرق عن جامد فقرب غيره النار منه حتى ذاب
والضمان على النائي والأيدي المترتبة على يد العاص ايدي ضمان " من "

لاطلاء وان ادا كمن تصهرها فلا ضرر كما بقوله (قوله) بالقيمة عند مستحليه لا بدش وان اتلف
لكافر على اشكال ان كان متلف حرم الكافر استمر مسلم به اقيقه باجماع العروة واحداً في
اخلاف واحماء كفي المالك عندنا في تذكرة ولا يحسب فيه كفي مع انقضاء لاسجته تمت اسمر
في دمه اسلم وان كانت مثله وان ادا كمن اتلف كافر افسد انه ضمن باقيقه عند مليم بدليل احداً
واجماع الملة ذلك كما في اخلاف عند الكافي في التذكرة ووجه حصة اسسه ط والدعوى واحد والمخلف
والمصرورة والابيض والجمعة والوصية والراسي في احد كمن اتلف فباحكي وفي ماله عند ماله الك
صير بالقيمة ادا نزلناه به وقد كان مراد الا من ماله لا من والمخلف التصبي في الفهر
الآخر قال ان شاء الله تعالى كان له ماله الاضطرار اسهل وكل واحد في التذكرة ولا يحسب
الدروس ويجمع الماله من اماله كماله ماله متى مسم مثله ومن انه يمتنع في ماله الاسلام حكم
بالحقائق احرم وان كان لا يفسد ادا يتطهر وان لم يمتنع الحكم بانقل العاص من تحت الايمان الى
القصة كما اذا تعد المهر في امثلي وفي مجمع المهر كمن التذكرة مع احد ماله محترلاً في كماله عنداه في جميع
انقضاء احكم بالمثل عند فدية من اظهره احد من احداه ماله من قبل لا من حكمنا بحكامها
اطهرها قلنا احكم مستحقها سحر الى الاصلها اذا امتنع من الاصل فانه نجس حتى يدرسه
للاستئثار (قال) لا من الحكم مستحقها الكفار شتره والمعاملة عليها لان الذي عدوه من ماله من
العهد تركه من ماله ادمه اسهارة قرب احمر في الاسلام مطلق الدرس فانه في عدم حكم
عليهم بانقل في الاحكام والاحد ارسلة في اخلاف المعتدة بالثقة الا لا يفسد من الاسلام لا حله
من طرأه وذلك لما تبدل بها في اسسه في اخلاف والتذكرة اول من استند الله في الاسلام
(قوله) لو نقل صيباً حراً الى مصرية وانه سيع في الضمان اشكال هذا في التذكرة ولو
لو نقل صيباً حراً الى مصرية وانه سيع فاقرسه ماله على حالة لللال في حله وان كان ماله
وهو بقصد القل بالمثل ذاب وفيه اشكال اما لم يله اى بعد فاقفه سيع وحسب الصير له من الاثاف
بالقل ففرق بينهم بقصد الاثاف وعنده الترخ في اسسه ط احتساب عدم البصر لان احد من احد
اليدي كما تنده ذلك كله وقال في جميع انقضاء ان هذا الاشكال ليس حتى عدم سبق من كلامه من
الضمان اذا لاقه في مسعة واقفه سيع فمعه كذا ضربه له لم يصب سبب في احسنه مع الخاطئ اى ما
القاء في مضعة قرب الى تقع حلة لللال من هذه الاحدة وهو بذلك وقد نقده المديح في الا
وله لا معنى لدعوى الاثاف ومنتص عليه بها قوله (قوله) وفتح ان من حمده سبه ماله منه حتى ان
فانص على الثاني كما في التذكرة وان يروى جميع انقضاء لان سبه احسن من سبه ماله فانه
المنع مع مانع القصد والمخالف بعض الشافعية حيث ذهب الى لا ضرر حتى يدرسه ماله
والايدي المترتبة على يد العاص ايدي ضمان كما في الشرح والسمع والتذكرة لا ساره الدوس
واللمعة وجامع بقاصد والمسالك والوضحة ومجمع الزهراء الكفاية وهذه بعضها من بحا في الالاف بعضها
ذلك وفي الشرائع والارشاد والدروس وصف الايدي كونها ماصة باقيا يانه تاه قد طلعت من ان
جماعة منهم عند الكلاء على البيع المصولي نزل ذلك وفي مجمع الزهراء لعل الحكم بضمان جميع الايدي

فيتخير المالك بين ان يطالب الغاصب عند التلف ومن ترتبت يده على يده سواء علم الغصب او لا
وسواء كانت ايديهم يد غاصب او لا وسواء استعاد الغاصب غصباً او لا « متن »

المتعاقبة على الغصب فيكون المالك مخيراً في اخذ عوض العين بعد تلفها ومنافعها ممن اراد اجماعي وسنده ادلة
ضمنان الغاصب مثل العقل والنقل مثل الاعتداء وجزاء السيئة والعقاب بمثل ما عوقب قال ولكن ينبغي ان
يكون ذلك مع تحقق كون الكل غاصباً بالتعريف المتقدم (قلت) اراد بذلك اخراج الجاهل وقد صرح
بتضمن احال وان للمالك الرجوع عليه في المبسوط في عدة مواضع والكتاب والتذكرة والتحرير وجامع
المقاصد والمسالك والروضة والكفاية وهو قضية كلام النافع والمصلحة حيث قال فيهما ولو تعاقبت الايدي
والايدي المتعاقبة من دون وصفها بكونها غاصبة بل صرح بعد ذلك في الثاني انه يرجع على الجاهل وفي الشرائع وصف
الايدي بكونها غاصبة لكن قد صرح في مضاوي كلامه بأنه يرجع على الجاهل نعم عبارتا الارشاد والدروس
قد وصفت فيهما الايدي بكونها غاصبة وعادية ولم يصرح فيهما فيما بعد ولا فيما قبل برجوعه على الجاهل
بل سبق لصاحب الدروس ان الجاهل بغصب البيت اذا سكن فيه بامر الغاصب يضمن المنفعة خاصة
وقضية ان الواضع يده جاهلاً ليس بضامن لما وضع يده عليه بل انما يضمن المنفعة لانه استوفاه بل قال
المقدس الاردبيلي ان في ضمان المنفعة تأملاً لانه مفرور وقال في جامع المقاصد بعد حكاية ذلك عن الدروس
انه يجب استثناء هذا يعني البيت قال وفيه توقف (قلت) قد تقدم ان في الشرائع والارشاد والتحرير والدروس
والمسالك والكفاية انه لو اسكن غيره فالساكن ليس بغاصب وفي التحرير والارشاد تقييده بما اذا كان
المالك عائلاً وفي الثلاثة الاخيرة تقييده بما اذا كان جاهلاً وقد تناولناه هناك بانهم يقولون بالضمان وان لم يسموه
غاصباً (وكيف كان) فقد صرح في الدروس في باب البيع بان له ان يرجع على المشتري الجاهل وقد سمعت ما في
اللمعة وقد عرف الغصب في الارشاد بانه الاستقلال باثبات اليد من دون اذن المالك فيكون الجاهل غاصباً
عنده وان لم يكن عادياً اثماً فكان موافقاً وقد يظهر من المسالك ان الكلمة متفقة على ان الحكم في يد
الجاهل والعالم واحد في الضمان وتخير المالك في الزام ايها شاء يبدل المقصوب عيناً وقيمة وان الجبل ليس
مستقطاً للضمان واما يفتقران في استقرار الضمان فالعالم كالغاصب يطالب بكل ما يطالب به والجاهل اذا كانت
يده يد امانة لا يضمن اذا تلفت العين وانما يضمن الغاصب (قلت) وهو كذلك والتابع يقضي بذلك فلتلحظ
المطويات في باب الوديعة والرهن والوكالة والتراض فالاجماع عندنا محصل معلوم على ان الايدي المترتبة
على يد الغاصب ايدي ضمان ولم نجد من خالف او تأمل في ذلك الا ما سمعته عن الجماعة في ساكن البيت
ومولانا الاردبيلي وقد اطال الكلام في المقام (وحاصل كلامه) ان الجاهل لا يطالب ولا يضمن ولم تثبت كفاية
كل من وضع يده على مال الغير يكون ضامناً وان كان جاهلاً الا بمثل قوله صلى الله عليه وآله وسلم على اليد ما
اخذت ولم تظهر صحته ولا تواتره ولا صراحته وانه لو كان كذلك لكان ينبغي ان يكون حكمه حكم الغاصب
بالكفاية مع انهم لا يقولون به ثم استنبض كلام الدروس في ساكن البيت وما كنا نؤثر ان يقع مثله من مثله
(ونيف كان) فدلل الاصحاب بعد الاتفاق عموم الخبر المشهور المعمول به في ابواب الفقه وان كان الراوي له
حمزة بن حنبل وانه اثبت يده على مال الغير بغير اذنه وان الجاهل لا نقدح في الامان وان انتفى معها الاثم
لامتناع حطاب التكليف في حق الجاهل بخلاف حطاب الوضع وقد يقال ان على ظاهرة في وجوب الدفع
فبذلك من خطاب الترخيع كما تقدم في الوديعة وقضية كلامهم ان للمالك مطالبة من ترتبت يده على الغصب
مع عدم التلف بتسليم العين او البديل لمكان الحيولة (قوله) فيتخير المالك بين ان يطالب الغاصب
عند تلف ومن ترتبت يده على يده سواء علم بالغصب او لا وسواء كانت ايديهم ايدي غصب او لا وسواء
استعاد الغاصب او لا قد تقدم الكلام فيه وباتي تمامه وليس الاخير من باب فرض وجود الشيء بعد عدمه

وللمالك الرجوع على الجميع بدل واحد لكن الثاني ان علم باعص طواب بكل ما يطلب به الغاصب ويستقر الضمان عليه اذا تلف عده ولا يرجع على الاول لورجع عليه ويرجع الاول عليه ويرجع على الاول هذا اذا تساوت القيمة او كانت في يد الثاني اكثرو زادت في يد الاول طول ما زيادة دون الثاني وبوجهل الذي العصب فان كان وضع يده يد ضمان كالعارية المضمونة والمقوص بالسوء والبيع العاسد فقرار الضمان على الماني والا فعلى الاول كادبيعة والزهن واوكالة " متن "

[illegible]

ومهما اتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه الامع الغرور كما لو اضاف به ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار وكذا لو اودعه المالك او اجره اياه « متن »

حتى لا يكون للغرور مدخ فانه كى هذا يضمن العين وان كانت ملكا للغاصب كما بيناه في باب المكاسب (واما ان قرار الضمان الاول لو تلت في يد الثاني وكانت يده يد امانة فلانه غره بكون العين ملكا له وانه سلمه اياها امانة كالوديعة العارية التي ليست مضمونة والعين المرهونة والموكل عليها والمضارب عليها ومد ظاهر كونها مضمونة والغرور يرجع الى من غره (ومن اقسام يد غير الضمان ايضا الاجارة والجمالة والمزارعة والمضاربة لكنه باقى للمصنف في باب المضاربة الاشكال في العين المضارب عليها وقد قرب في باب الهبة المصنف وولده والمحقق الثاني ان المتهم يرجع على الواهب بما غرمه من القيمة اذ اظهر الموهوب مستحقا (ومن اقسام يد الضمان ما ذكره المصنف من الاقسام الثلاثة ولم يتأمل في المقبوض في السوم هنا كما نهينا عليه انما وقد ترك ذكر المبيع صحيحا مع انه عدته منها في التذكرة لاختلاف احكامه لان المبيع ان كان صحيحا لولا الغصب كان مغرورا لانه دخل كى ان البيع صحيح وان العين ملك للبائع وان ما زاد كى الثمن من قيمتها له وان منافعها له مجانا فاذا اظهر كونها ملكا لآخر وان البائع غاسب فقد فاته ذلك وثبت تغريره فيرجع عليه بكل مالولا الغصب لكان له بغير عوض سوى الثمن فيده بالنسبة الى الثمن يد ضمان فيصح ما في التذكرة والنسبة الى ما زاد عنه من القيمة والمنافع ليست بيد ضمان وقد تقدم الكلام في المنافع ونحوها في باب البيع وبأق في اواخر الباب ايضا والضابط ان كل شيء اذا فرضنا الغاصب فيه مالكا ولا يلزم الثاني فيه غرامة فله الرجوع فيه وما تلزمه فيه الغرامة على فرض كونه مالكا فلا تغريره ولا رجوع (قوله) ومهما اتلف الآخذ من الغاصب فقرار الضمان عليه قد تقدم بيان حكم قرار الضمان فيما اذا تلف المضمون في يد من ترتبت يده على يد الغاصب وبين هنا انه اذا اتلفه فقرار الضمان عليه لان الاتلاف اقوى من اثبات اليد المادية كما هو ظاهر وبه صرح في التذكرة وجامع المقاصد وقال في الاول ايضا بعد ذلك ولولم يستقل بالاتلاف بل شاركه فيه غيره فالدمان عليهما معا فيرجع للمالك على كل واحد بالنصف ولا يرجع احدهما على الآخر بشيء الى ان قال ولا نعم في ذلك خلافا وهو محكي كى الجميع (قوله) الامع الغرور كما لو اضاف به فالضمان كى الغاصب بلا خلاف منا فيما اجد فيما اذا قال كله فهذا ملكي وطعاني او قدمه اليه ضيافة حتى اكله ولم يقل انه مالي وطعاني اولم يذكر شيئا وفي التذكرة انه الذي يقتضيه مذهبنا (قلت) لمكان الاعتماد على اليد الدالة كى الملك والامارة الدالة كى الاباحة وفي المبسوط انه الاقوى وبه جزم في الشرائع وغيرها في مطاوى الباب وغيره وقد تقدم للمصنف في الباب الجزم بذلك وظاهر جماعة وصرح اخرين ان المالك يتخير في تضمين كل واحد من الآكل والغاصب ويستقر الضمان كى الغاصب ونقل في الشرائع قولا بانه يضمن الغاصب من اول الامر من غير ان يشاركه الا كل لضعف المباشرة بالغرور فاخص السبب لقوته وفي المسالك ان الاول اظهر وفي الكفاية انه اشهر (قلت) لم نجد القول الثاني لاحد من اصحابنا بعد التبع وانما هو قول السافعي في القديم وبعض كتب الجديد قال انه ليس للمالك الرجوع على الآكل لانه غره حيث قدم اليه الطعام واومهم ان لا تبعه فيه عليه والمشهور عند السافعية الاول حكى ذلك في التذكرة (قوله) ولو كان الغرور للمالك فالضمان على الغار كما في المبسوط والخلاف والشرائع والتذكرة وغيرها بل ليس فيه خلاف وفي التذكرة انه الذي يقتضيه مذهبنا والمفروض في هذه الكتب انه غصب طعاما فاطمحه مالكا فاكله مع الجهل وقضية الاطلاق عدم الفرق بين قوله كله فانه طعاني اولم يقل شيئا نعم قد يظهر من الابضاح الفرق في مسألة تزويج الغاصب المالك الجارية واول من ذكر المسئلة الشيخ في الخلاف ونسب الخلاف الى اصحاب الرأي (قوله) وكذا لو اودعه المالك واجر اياه اي يرجع عليه بعوض

ولو وهب الغاصب من آخر فرجم المالك عليه احتمال رجوعه على الغاصب لغرضه وعدمه لان
 الهبة لا تستعقب الصن ولو زوج الجارية من المالك فاستلدها مع الجهل بعد الاستيلاء وبه
 الغاصب وفي الارش اشكال " من

[illegible]

سدا او هب منه ولو قال هو عبدي فاعتقه فاعتقه فالاقوى النفوذ وفي الغرم شكل ينشأ من
رور ومن زوال الملك بازلة وانصرف الى مصلحته « متن »

ستاده هنا ما تههم مستلزما للإباحة لانه لم ينص عليه بحل الاف الامر بالاكل فهو كسواء الجاهل
باخصية المقتضوض فضائه لزادة القيمة كصانه هنا للمهر انتهى ولا يخفى ما فيه مما امرنا اليه فيما سلف ولم
يتضح لنا معنى قوله فضائه لزادة القيمة الى اخره الى المشهور المعروف من ان المشتري الجاهل لا يضمن
ما زاد عن الثمن فليتأمل فيه جيدا ولعل الاصح ضمائه الارش بالمعاني الثلاثة لانه غره فلا يقصر عما لو ضيفه
صعابه وهو خيرة حامع المقاصد فيما فهمه من معنى الارش (قوله) وكذا لو وهبه منه قد نقد.
الكلاء (قوله) ولو قال هو عبدي فاعتقه فاعتقه فالاقوى النفوذ كما في الايضاح لانه فعل صدر
من اهله في محله وان العتق مبني على التغليب وان العبد في حال العتق ملك للمعتق عن نفسه والمالك الحقيقي
اقوى من الضمني واستشكل في التذكرة لكنه قرب فيما اذا قال الغاصب اعتقه عني النفوذ فهذا ان لم يكن
اولى فلا اقل من المساواة وقال في التحرير الوجه عدم النفوذ وهو خيرة حواتي التهيد وجامع المقاصد الغرور
كما في التحرير ولانه لم يفسد اعتاق عبده بل قصد اعتاق عبد الغاصب وهما غيران والايقاعات والعقود تابعة
للقصود كما في الايضاح وهما معنى مافي التذكرة من انه لم يرض بعتق عبده وقال المحقق الثاني التحقيق ان
العتق المقصود هو عتق عبد الغاصب عن المعتق الذي هو المالك في نفس الامر والذي يحاول وقوعه هو عتق
عبد المالك واحدهما غير الاخر فان كان القصد معتبرا بالمقصود غير واقع فيكون منفيا والاخر غير معلوم
ملا يكون صحيحا وكون العتق منبيا على التغليب لا يدفع ذلك لان هذا البناء فرع وقوعه صحيحا والمالك وحده
غير كاف في وقوع العتق من دون صيغة صحيحة وادعاء كون هذا عتقا صدر من اهله في محله في موضع
المنع وان كان القصد غير معتبر فيجب الحكم بوقوعه على كل حال سواء اوقعه عن نفسه او عن الغاصب فانه
يملك فكه من الرق وقد حصلت الصيغة والقصد غير معتبر بل يلزم انه متى قصد اعتاق عبد الغير ظاهرا
بو كالة ثم ظهر كونه مملوكا له في وقت الاعتاق يارث او شراء من وكيل ونحوه يجب الحكم بصحته ونفوذه
وهو من ابد الاشياء مع ان في اعتاق عبده الذي لو علمه لم يرض بعتقه وقطع سلطنته عنه ضررا عظيما
منفيا بقوله عليه السلام لا ضرر ولا ضرار وربما قصد الغير الاضرار بالمالك فدل على عبده ثم سلطه على
اعتاقه عن نفسه على انه ملك الغير فيكون في الحكم بنفوذ العتق بلوغ المراد من الاضرار به مع ان المدلس
ربما لم يثبت بده عليه اي العبد فلا يستحق المالك عليه شيئا قطعاً وهذا من ابد ما يدتبع (قلت) قد قالوا
فيما اذا باع مال ابيه بطن الحبة وانه فضولي فبان ميتا حينئذ وان المبيع ملكه ان الوجه الصحة بل قد
يلوح من هبة الكتاب انه محل اجماع وقال في جامع المقاصد في توجيه كلامهم ان قصده الى اصل البيع
كاف ودنا يقولون قصده الى اصل العتق كاف وكما اوردنا هناك بل هنا زيادة ليست هناك وهي
بناء العتق على التغليب وما ذكره هنا من الاستبعاد مع انه جار في فرضه في البيع لا يجدي في اثبات الاحكام
وانما يؤخذ موبداً على انهم قد يقولون ان المالك قد قصر في عدم الفحص والتأمل فتأمل ونحو ذلك ما اذا
باع فضولا ثم بان شراءه كيله له وقد اوضحنا ذلك كله في باب البيع (هذا) والمراد بقوله في الكتاب اعتقه اعتقه
عتك كما فرضنا فيه المسئلة وبدل عليه قوله فيما بعد اعتقه عني وان النفوذ لولا ذلك ضعيف هذا ولو لم يقل
هو عبدي بل اثبت بده عليه على وجه يقتضي الملك ظاهراً ثم قال له اعتقه عنك فان الاحكام تجري فيه كما
تجري احكام البيع وغيرها وان لم يقل للمشتري هو عبدي بل اعتمد على يده الدالة على كونه مالكا كما نهينا
عليه فيما اذا قدم اليه طعام نفسه (قوله) وفي الغرم اشكال ينشأ من غروره ومن زوال الملك بازالته
والصرف الى مصلحته  اسيه لو قلنا بنفوذه كما قرره المصنف في غرم الغاصب للمالك قيمة العبد الذي

(الركن الثاني) (الهل المغصوب اما عين او منفعة والاعيان اما حيوان او غيره فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجناية وباليد العادية باقصى القيمة وما لا تقدير فيه من الحر يجب من الرقيق ما ينقص عن قيمته حصل بالجناية او تحت اليد العادية من اجنبي او من قبله تعالى والمقدر الاقرب الاكثر من المقدر والارش « متن »

ضمانهم اخف من ضمان الغاصب لان لوازمه اقل وقلة الوازم الضمانية مشعرة بالضعف اما الكبرى فظااهره واما الصغرى فلانهم اقل اثما واولا اثم عليهم ولانهم يضمنون بالقيمة بخلاف الغاصب فانه يضمن بالاعلى وادعى انه المشهور ولنا تأمل في هذه الشهرة فلنفرق (فليفرق خل) هنا بينه وبين الدين بانه اخف وان لم يكن التسليم فيها تاما فليتأمل او نقول كما قال لا فرق بينهما وما استند اليه في وجه بقاء الضمان من انه لم ينقطع عنه سلطان الغاصب الى اخر ما ذكر في توجيهه مما لا يعول عليه لانه ينتقص بالدين والدية وقد فعل الواجب عليه من تسليمه وتمكينه بتعميمه اذ بذلك يقال لغة وعرفا انه سلمه تسليما تاما ومنه يعلم الحال في الهبة ثم انه لو لم يكن التسليم فيها تاما تجر في حول الزكوة من حين القبض مع انها تجري فيه من حينها اجامعا (قوله) ❁ الركن الثاني الحل المغصوب اما عين او منفعة والاعيان اما حيوان او غيره فالحيوان يضمن نفسه حتى العبد بالجناية وباليد العادية ❁ المغصوب اما ان لا يكون مالا او يكون فالاول لا يضمن بالغصب كالحر بل بالاتلاف كما تقدم وما ليس بمال ولا يضمن العذرات والابوال وكتب الهراش والخنزير واشباه ذلك كما تقدم في باب البيع والمال بقول مطلق اما اعيان او منافع وهو مضمون اذا كان معصوما والاعيان اما حيوان او غيره والحيوان اما ادعي او غيره والادعي هو الرقيق من عبد او امة فيضمن الغاصب نفسه بالجناية منه او من اجنبي او من قبل الله عز وجل لان يد الغاصب يد ضمان فلا فرق بين ان يتلفه هو او يتلف تحت يده بلا خلاف في شيء من ذلك حيث يأخذونه وبذكرونه مسلما ويضمن طرفه ايضا ويأتي بيان الحال فيه وقوله حتى العبد اشارة الى انه يضمن وان كان ادبيا لان جانب المالية هنا غلب عليه كما غلب عليه في باب القصاص والديات جانب الانسانية فيقتصر له ومنه من دون رد على الاصح وتلزم العاقلة قيمته اذا قتله احد خطأ (قوله) ❁ باقصى القيمة ❁ اي باقصى قيمته من يوم الغصب الى يوم الجناية او التلف ويأتي ان شاء الله تعالى تحقيق ذلك وقد يكون المراد من اقصى القيمة انه يضعه بقيمته وان تجاوزت دية الحر وانه لا يرد اليها وان رد اليها الجاني غير الغاصب كما يأتي (قوله) ❁ ولا تقدير فيه من الحر يجب من الرقيق ما ينقص من قيمته حصل بالجناية او تحت اليد من اجنبي او من قبله تعالى يريد انه يضمن الطرف كما يضمن النفس والطرف منه اما ان يكون لثله في الحر مقدر شرعي او لا يكون فان كان الثاني فانه يجب فيه الارش وهو ما تنقص من قيمته سواء حصل تلف ذلك الطرف بالجناية منه او تحت يده من اجنبي او من قبل الله سبحانه وتعالى لان يده في الجميع يد ضمان كما تقدم وقد صرح بذلك كله في التذكرة وجامع المقاصد وقد تناول الصور الثلث اطلاق الشرائع والارشاد وجمع البرهان واقتصر في المبسوط والتحري على ان عليه في ذلك الحكومة اي الارش فيما اذا جنى الغاصب عليه وليس الاقتصار قسرا للحكم والمراد بانظر ما يشمل التجاج والجروح ووجه الحكومة والارش انه طرف مضمون ولا مثل له ولا قيمة مقدرة فلا بد من الارش (قوله) ❁ والمقدر الاقرب الاكثر من المقدر والارش ❁ كما هو صريح المبسوط في موضع منه والتذكرة والتحري والمختلف والابصاح والمقتصر وجامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض والمغناج وظاهر السرانر والبصرة واللمعة وفي كشف الرموز انه قريب وفي الدروس والكفاية انه قوي وكأنه قال به في غاية المراد وفي الشرائع لو قيل به كان حسنا وقد فهم منه ابو الفضل الآبي وابو العباس وامتداداته بختاره وفي جامع المقاصد انه مذهب الاكثر وفي الرياض ان عليه عامة من تاخر وقد نسب فيه الى ابن ادريس والحقق

ولو تجاوزت قيمته دية الحر فالاقوى تضمن الغاصب الزائد دون الجاني « متن »

(قوله) ولو تجاوزت قيمته دية الحر فالاقوى تضمن الغاصب الزائد دون الجاني  ينبغي البحث هنا عن ثلاث مسائل (الاولى) ان يقتله الغاصب (الثانية) ان يموت تحت يده (الثالثة) ان يقتله قاتل آخر غير الغاصب وهو تحت يد الغاصب والحال ان قيمته في الصور الثلاث تزيد على دية الحر والخلاف بين الشيخ في الخلاف والمسوط وبين المتأخرين (في الاولى) ومنها يعرف الحال في الاخيرتين قال في الخلاف في باب الغصب اذا قتل عبداً كان عليه قيمته مالم تجاوز قيمته دية الحر عشرة آلاف درهم وكذا ان كانت امة مالم تجاوز قيمتها خمسة آلاف درهم دية الحرية الى ان قال دليلنا اجماع الفرقة واخبارهم لا يختلف في ذلك (وظاهره) لمكان الباب ان القاتل هو الغاصب واطهر منها في ذلك عبارة المسوط قال وان كان عبداً نظرت فان قتله ففيه قيمته وان زادت على دية الحر لم يلزمه أكثر من ذلك وقد طمحت بذلك عباراتهم في باب القصاص والديات فيما كاد يزيد عن عشرين موضعاً من دون تعرض من احد منهم لاستثناء الغاصب الا الشهيد الثاني وكاشف اللثام في المسئلة الآتية وبذلك نطق رواياتهم من دون تعرض لاستثناء شيء وانعقدت عليه اجماعاتهم ولم نجد خلافاً في ذلك الا من ابن حمزة فردها الى اقل من دية الحر ولو بدينار وهو في مقام آخر وقد خالف أكثر المتأخرين كما في غصب المسالك والكفاية فقالوا انه بضمن قيمته وان تجاوزت دية الحر وبه صرح في السرائر والتذكرة والتحرير والمختلف وفي الشرائع لو قيل به كان حسناً وكأنه قال به في غابة المراد وفي المسالك انه اقوى وفي الكفاية انه لا يخلو من قوة وهو لازم للايضاح واللهمة وجامع المقاصد والروضة لما استسمعه ان شاء الله تعالى من كلامهم في المسئلة الثالثة ان لم يفرق بين القتلين بل هو لازم لكل من قال بلزوم الأكثر من المقدر والارش في مسئلة الجنابة على الطرف الذي له مقدر على ما فهمه المحقق الثاني في جامع المقاصد من ان هذه المسئلة مبنية على ضمان الغاصب أكثر الامرين واليه اشار في المختلف كما استمع وقد سمعت ما حكىناه عن الرياض من الخلط بين المسئلتين بل هو لازم لمن قال بالتجاوز ايضاً فيما اذا مات تحت يده على ما فهمه الشهيد كما ستعرف (ومجتهم) على ذلك ما تقدم من انه جان وغاصب ولا ترجيح في الدروس وقد حاول في المختلف رفع النزاع قال والظاهر ان مراد الشيخ الجاني دون الغاصب لانه اشار في المسوط الى ذلك قال اذا غصب عبداً فقطع اخر يده فان رجع السيد على الغاصب رجع بأكثر الامرين بما نقص وارش الجنابة وان رجع على القاطع رجع بالارش وهو نصف القيمة والزائد في مال الغاصب لاختصاص ذلك بالجاني فلا يتعدى ذلك الى الغاصب لما فيه من مخافة الاصل فان البعد مال انتهى (قلت) قد عرفت ان الظاهر منه في الكتابين هو ما ذكرناه بل هو صريحهما والفقهاء يتبع ما يرجح في نظره في كل وقت (واما الثانية) وهي ما اذا مات تحت يد الغاصب فقد جزم بانه يضمن قيمته وان تجاوزت دية الحر في الخلاف والسرائر والشرائع واخبر والتذكرة والارشاد والكتاب فيما ياتي قريباً وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان والكفاية قال في الاخير لا عرف خلافاً بينهما في ذلك مع انه قال في الدروس لو مات لزمته قيمته وان تجاوزت دية الحر عند المتأخرين خلافاً للشيخ مدعياً عليه الاجماع فقد جعل قتل الغاصب له وموته عنده من سنخ واحد لان الشيخ انما تعرض لمسئلة القتل وهو الظاهر من السرائر والتذكرة والمحقق والمصنف في التحرير والكتاب فيما ياتي والشهيد الثاني جزموا في مسئلة الموت بانه يضمن القيمة وان تجاوزت دية الحر وقد سمعت كلام المصنف هنا والمحقق والشهيد الثاني في مسئلة القتل وفي التحرير جزم في مسئلة الموت ونقل الخلاف في مسئلة القتل ثم قال الوجه ضمانه الزائد ففرقوا بين المسئلتين ويمكن تحشيه بيان الوجه في الفرق وان ضعف اودق ويعرف الحال من ملاحظة الاخبار واستسمعها (واما الثالثة) وهي ما اذا قتله قاتل تحت يده فما وافق فيها الكتاب السرائر والشرائع والتحرير والتذكرة والارشاد والايضاح واللهمة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجمع

ولو جنى عليه بديه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة سواء ناسر الاجنبي او الغاصب « متن »

الرد : منهم من ساء عند تحرير هذه المسائل وقد وقع ما وقع من اخلال في النص وعدم التحري في الزيادة وغيره وشرحق سارة الحديث عند مراجعة ما جاء ليعيد التقرير على ما قبله لانه مبني على ما ناصب اكثر الامرين كذا في جميع ائمة صد (واوضح) ان نحص احبار ابيات فان كان يجهل منها ان قيمة العبد لا يتجاوز بها دية اخر مضاعف سواء حتى عليه من اومات من دون حناية حيث يكون مضموها كما اذا كان مضموها او مستعار شرط الضمان او مقوضا لسوءه وان ذلك خاص في صورة اخذ به فقط ومحري في الدواقي على الاصل والقاعدة وهو الضمان بالقيمة دعه م لمعت (وفي) الصحيح على الصحيح في العبيد عن ابي عبد الله عليه السلام قال دية العبد قيمته وان كان نقيسا فافضل قيمته عشرة آلاف درهم ولا يتجاوز به دية اخر وصدره ظاهر في الحناية لمكان قوله دية العبد وم يقل قيمة العبد فتأمل (وفي) صحيح اس رثاب عن ابي عبد الله عليه السلام اذا قتل اخر العبد م قيمته مائة وادب قيل وان كانت قيمته عشرين الف درهم قال لا يتجاوز قيمة العبد دية الاحرار فان كان قوله في احري لا يتجاوز من باب اعطاء القاعدة وصرب المانون كان دالا على اجمع وان كان مبني على ما قبله كان كصد الاول (ويجوز) احري انو. وقد يستظهر منهما الاول لكن الاول والافاق الاسحاب في مسئلة الموت على الضمان بالقيمة مائة ما لم يمت بقصيان بالتالي لكن روى في الابصاح ان العبد لا يتجاوز بقيته دية مولاه وهو ادي يقتضي به الاعتبار وتحكم به الحكمة اذ لانه ولا تقصير من المستام والمستعير ولا كذلك الخاني فليتأمل (قوله) ﴿ ولو جنى عليه بما فيه القيمة فالأقوى وجوب دفعه مع القيمة سواء ناسر الغاصب او الاجنبي ﴾ كما في السرائر والتحري والمختلف والمسالك والروضة وجمع الرهات والابصاح والدروس وجامع المقاصد مقصراً في الستة الاول على العاصب مصرحاً في التلثة الاحيرة به وبالاجنبي وذلك هنا لا يقتضي بالاختلاف لانه من المعلوم ان حناية الاجنبي مضبوطة على العاصب وكأنه قال بذلك في ما به المراد ونسبه فيها الى ظاهر الحق ولعله اراد في الترائع لانه قال في قول الشيخ تردد اوالثاني فان ابا العباس احتمل ارادة ذلك من قوله ولو كان عدواً وكان الغاصب هو الخاني رده ودية الحناية ان كانت مقدرة وفيه قول آخر انتهى وقد قدم ما به من هذه العبارة وقال في الخلاف ان الذي تقتضيه اخبارنا ومدعها ان المالك بالخيار بين ان يسلمه ويأخذ قيمته وبين ان يسكه ولا شيء له الى ان قال دليلاً اجاع الفرقه واخبارهم وبتخييره بين الامرين صرح في عصب المسوط وبه طمعت عباراتهم في باب الديات والقصاص وحكى عليه الاجماع صريحاً وظاهراً في حصة مواضع (واستدلوا) عليه بقول ابي جعفر عليه السلام في حرابي مريد قصي امير المؤمنين عليه السلام في اصف العبد او ذكره اوشي يحيط بقيته انه يؤدي الى مولاه قيمة العبد ويأخذ العبد ومثله من دون تفاوت حراريات ووجه دلالتها على التخيير ظاهر وان حفت على بعض الاحلاء الاعلام والتيرة تجبرهما والاجاعات تعصدهما فلا ينبغي التأمل في ذلك من جهة السند كما في المسالك واطلاقها واطلاق الاجاعات بتناول العاصب قد قيل انها عامان من جهة ترك الاستعصال وليس منه لعدم تقدم السوال ولا من قضايا الاعيان لان قوله قصي هنا معنى قال بقرينة قوله اوشي يحيط بقيته (وكيف كان) فلم يجد من استثنى هناك الغاصب الاتي به الثاني وكاشف اللثام وقد اسبقنا محمد الله سبحانه به الكلام في الديات وفي عصب الارشاد وشرحه لوده ان في قول الشيخ نظراً ويحوى ما في التبصرة وقد سمعت ما في الشرائع هذا وقد قال في المسوط لو عصب عبداً قيمته الف نخصه ببلغ الفين رده وقيمة الجمعي لانه ضمان مقدر وهذا يخالف كلامه هنا (وكيف كان) فالوجه فيما في الكتاب وما وافقه ان العبد مضمون وكل عضو عضو منه كذلك فكل عضوات منه يلزمه قيمته لان ضمان الغاصب من جهة المالية وقد يستحق المالك عدة قيمه كما لو قطع واحد رحله والاخر يده وقلم آخر عينه وقطع آخر اذنه فان للسيد امساكه ومطالبة كل منهم بقيته ما جنى كما

بمخلاف الجاني عَلَى غير المغصوب فان رجع عَلَى الاجنبي دفع اليه العبد ورجع بقيمته عَلَى الغاصب وان رجع على الغاصب بهما فالاقوى رجوع الغاصب عَلَى الجاني بالقيمة مجاناً «متن»

نصوا عليه في باب الديات ولم يجتمع العوض والمعوض عنه لان العوض هو قيمة العضو والمعوض ذلك العضو لا العبد كما انه اذا قطع احدى يديه وجب عليه نصف القيمة ولا يجب عليه تسليم نصف العبد لاخذ نصف القيمة كما صرحوا به في باب الديات والاصل بقاء العبد عَلَى ملك مولاه والجاني خرج بالنص فلا يلحق به الغاصب خصوصاً مع الفارق (ووجه) كون الغاصب كالجاني بعد دعوى الاجماع وشمول النص ان المضمون مع تلف الكل هو جميع القيمة فقط فلا يعقل وجوبها في البعض مع بقاء الجملة عَلَى ملكه والا لاستوى الكل والبعض بل يزيد حكم البعض عَلَى الجملة (وفيه) انه لا مانع من ذلك عقلاً ولا نقلاً فاللازم ليس يبطل اذا قد اخذ فيما حكيناه عنهم من المثال قيمتين مع بقاء الجملة عَلَى ملكه ولولا النص لم يحكم عليه بانه اذا طالب بالقيمة وجب عليه دفع العبد مضاعفاً الى انه قد يكون ذا كسب كثير وصنعة لها ثناء عظيم فاذا قطع انفه فان اعطى العبد لزمه الضرر بفوات الكسب الجزيل ويحصل ذلك للجاني فيستوفي قيمة العبد في زمن يسير وان لم يعطه ذهب عليه قيمة انفه الا ان نقول ان ذلك فرض نادر وقد يفهم من الخبر ان دفعه الى الجاني عقوبة له فانه اذا قطع اسنان العبد او الجارية او قلع عينها او قطع يديها او نحو ذلك مما هو في الرقيق ضرر شخص وهو الغالب فيجري ذلك في الغاصب بالاولوية والمساواة لكنه لم يحتمله احد ولعله مراد لهم وان لم يذكره وقام الكلام في باب الديات ولم يفسر الخبر في موضعين من جامع المقاصد عَلَى وجهه قال الاصل بقاء العبد عَلَى ملك مولاه في الغاصب بخلاف الجاني لورود النص عَلَى دفعه اليه لياخذ مولاه القيمة (قوله) ﴿مخلاف الجاني عَلَى غير المغصوب﴾ فانه لا تجب عليه القيمة الا ان يدفع السيد اليه العبد واحتمل رجوعه الى قوله الاقرب الاكثر من المقدر بعيد جداً لاول الفصل ولقوله بعده فان رجع الى آخره (قوله) ﴿فان رجع عَلَى الاجنبي دفع اليه العبد﴾ عملاً بمقتضى النص والاجماع (قوله) ﴿ويرجع بقيمته عَلَى الغاصب﴾ لانه مضمون عليه ولم يحدث شيء يسقط ضمانه عنه الا دفعه الى الجاني بسبب جنايته المضمونة عَلَى الغاصب ايضاً فيرجع المالك بقيمة العبد ناقصاً ويحتمل ان يرجع بها تامة والعبارة محتملة للامرين فتأمل (قوله) ﴿وان رجع على الغاصب بهما فالاقوى رجوع الغاصب عَلَى الجاني بالقيمة مجاناً﴾ قد عرفت ان المالك اذا اراد اخذ قيمة العضو الذي فيه تمام القيمة من الجاني انه يدفع اليه العبد وياخذ قيمة العضو فاذا جنى عليه اجنبي في يد الغاصب ورجع المالك الى الغاصب بالعبد وقيمة العضو فاذا يصنع الغاصب مع الجاني ايرجع عليه بالقيمة ام لا الظاهر الاول لانه قد ضمن ما باشر الجاني اتلافه لكن لم يكتم استسماها في الجاني غير الغاصب نقصي بان ليس للغاصب الرجوع عليه بتي فاذا رجع عليه فهل ليس له ان يرجع عليه بقيمة العضو الا بعد ان يدفع اليه قيمة ناقصة وهي قيمة العبد بعد قطع العضو منه فيأخذ من الجاني قيمة العبد قبل الجناية ويدفع اليه قيمته بعد الجناية فيتقاصان اذا امكن فيضمن الغاصب قيمتين احدهما صحيحة يدفعها للمالك مع العبد واخرى ناقصة يدفعها الغاصب للجاني وياخذ منه تامة اوله ان يرجع عليه مجاناً من دون ان يدفع له القيمة الناقصة وهي قيمة العبد بعد الجناية احتمالان بل قولان (وجه الاول) ان وجوب القيمة عَلَى الجاني مشروط بدفع العين فاذا تعذرت وجب المصير الى القيمة وان الجاني يطالب المالك بالعبد ليغرم في الاول ان يطالب الغاصب بقيمته وهو الذي قواه في الايضاح واورد عليه بان الاشتراط المذكور انما هو مع وجود العين فاذا تعذرت كانت كالتالف ومع التلف لا ضمان قطعاً والاولوية ممنوعة (ووجه الثاني) ان دفع العبد الى الجاني انما هو حيث يمكن وذلك حيث يكون تحت يد المستحق للقيمة واذا تعذر رده لا يعقل وجوب دفعه وانما هو كالتالف والاصل براءة الذمة من وجوب غرم قيمته بعد الجناية للجاني ولا دليل يدل عَلَى ذلك وفي جامع المقاصد ان فيه قوة (قلت) الحكم

وفي عين البقرة والفرس واطرافهما الارش « متن »

في الحاي محاف لاصل فيقصر فيه على موضع الوفاق فيتعين الثاني ولكن ينبغي ان لمحض الحال في الاصل الذي هو الجاني العير اما س كما اذا قطع الله وتعذر على ذلك دفعه الى الحاي لابق او يحو فتنقص الاصل بمعنى انه يرجع عليه بالقيمة وم يتعرض له احد من الاصحاب في باب التقصاص والديات بعد فضل التمتع لكن لم يكن تدل على خلاف ذلك (مهما) قولهم انه ليس مولاه الرجوع شيء الا ان يدفعه الى الحاي (وقوله) ان الشارع حمل له اما كمال ادية مع دفعه او امه انما محالنا الى غير ذلك بما هو مثل ذلك ووضح وقضيه ذلك انه لا يرجع عليه شيء حينئذ بل ذلك قد بقضي بان انعاص لا يرجع الى الحاي اذا رجع عليه امالك (قوله) وفي عين البقرة والفرس واطرافهما الارش ^{لعل الغرض} لعل الغرض بان ان الدابة لا تعد في قيمة شيء من اعصائها بل يرجع الى الارش السوقي وليست كالعبد ولا يفرق فيها بين ما يمتنع لمحمها وضهرها او احدهما او غيرهما كما في التذكرة وظاهر غيرها واصل اقتصار المبسوط الى التلثة الاول للتنبيه على خلاف ابي حنيفة كما ان اقتصار المصنف على البقرة والفرس امه للتنبيه على خلاف احمد (وكيف كان) فما صرح فيه بالارش في عين الدابة المبسوط والسرائر والترايع والتذكير والمختار والارشاد وسرجه ولده والدوس وجميع المقاصد والمسالك ومجمع الرهان وهو قضية اطلاق التامع وديات اللعنة والروضة وصاحبها وظاهر رعاية امره وهو انكفي عن القاضي ومذهب الاكثر كما في المسالك واكثر المتأخرين كما في مجمع الزهراء والمشهور كما في الكفاية والتمايح وفي الاخبار ايضا ان مذهب التبع نادر وفي الروضة ان عاب المبسوط ولم تذهب عليه ضمن ارته احماء انتهى وفي الرياض ان عليه عامة المتأخرين لانه ملل له ارش كسائر الاموال ويشهد له اطلاق صحيحه ابي ولاد قلت فان احاد العمل كسرا ودر او عرق قال عليه السلام عليك قيمة ما بين امدجة والعيب يوم ترده اليه وقال الشيخ في الخلاف اذا قطع عين دابة كان عليه نصف قيمتها وفي العينين جميع القيمة وكذا كل ما كان في البدن منه اثنان في الاثنين جميع القيمة وفي الواحد نصف قيمتها دليلا اجماع الفرقه واخبارهم وقال في المبسوط بعد ما حكى عنه وروى اصحابنا في عين الدابة نصف قيمتها وفي العينين كمال قيمتها وللدلال قالوا في سائر الاطراف مما في البدن فيه اثنان فمعه كمال القيمة الى آخره وظاهره الاحماع ايضا وقد راسه الى رواية اصحابنا وقال في السرائر ان ذلك ورد في الرقيق المماليك من بني آدم بحسب دون الهاء وقال في المختلف يمكن حمل الرواية والاحماع الذي ادعاه الشيخ على غير الغاصب في احد العينين بشرط نص القدر عن الارش وقال في غايه المراد زعم ابن ادريس ان الرواية في كل ما في البدن منه اثنان القيمة وفي الواحدة نصفها انما هي في الانسان قال ويمكن ان تكون الرواية غير هذه الا اني لم اجد في كتب الاصحاب شيئا من هذا المعنى سوى ما رواه ابن يعقوب عن عاصم بن حميد عن الباقر عليه السلام وباساده الى مسجع عن الصادق عليه السلام ان عليا عليه السلام قصي في عين الدابة يربع ثمنها وروى ابو العباس عن الصادق عليه السلام انه قال من قتل عين دابة فعليه ربع ثمنها انتهى وصاحب المسالك استجود رد ابن ادريس على التبع من ان هذا الخبر لم يرد في الحيوان مطلقا وقال نعم روى الكليني وساق الاخبار التلثة التي ذكرها الشهيد في غاية المراد على نحو ما ذكرها حرفا وحرفا ونقل حمل المختلف حرفا وحرفا وقال وهذا الحمل حسن لو صحت ابروابة ومع ذلك ممدولها خلاف ما ادعاه التبع انتهى (ونحن نقول) في كل من كلام اصحاب الخلاف والمبسوط والسرائر والمختلف وغايه المراد والمسالك نظير لما في بعضها من وجوه (اما) الخلاف والمبسوط فيوهن دعواه الاحماع فيها صريحاً وظاهراً مصير من تقدمه ومن تأخر عنه الى خلافه بل مصيره هو الى خلافه في المقتعة الحكم بالارش في كسر عظام الحيوانات وجراحاتها وفي المراسه ان الخناية على اعضائها بحسب قيمتها وذلك صرح في النهاية والوسيلة مع زيادة فيه حاو هو ان في فقاً عين البقرة ربع قيمتها وقد حكم في المسئلة التاسعة من غصب الخلاف بالارش في آخر المسئلة

ولو مات في يده ضمن القيمة وان تجاوزت دية الحر لو كان عبداً « متن »

وحكم فيه في ذنب حمار القاضي بالارش وهو واحد ولم يحكم بكال القيمة (واما) ماسداه فيها من الاخبار ففيه ان الاخبار الموحدة في تذييه والكافي والفتية ناطقة بان في عين الدابة الربيع وفيها الصحيح والحسن بان اراد غيرها فرسله لاعامل بها الا هو في بعض المسائل دون بعض كما عرفت (واما) ما في السرائر من قوله فلما ورد ذلك في الرقيق المماليك ففيه ان لم نجد هذه الاخبار وانما الوارد في ذلك خبران قد سمعتهما فيما سلف لا بد في صحيحه دلالتها من فضل تأمل وقد يكون اشار الى ما رواه في الايضاح او الى معقد اجماع الاف هنالك واخبره كما نيهنا عليه هناك (واما) ما في المختلف ففيه انه كيف يمكن حمل ما ادعاه الشيخ من الاجماع والاخبار على ان في كل اثنين من الحيوان في كل واحد منهما نصف القيمة وفي كل واحد منه تمامها الى غير غاصب في احدى العينين بشرط نقص القدر عن الارش انه مما لا يكاد يتم على انه غير تام في نفسه وماذا يقول فيما اذا قطع ادنى الدابة ولى ما يحمله وقد يعطى كلامه ان النزاع بين الشيخ والجماعة انما هو في الغاصب مع ان عباراتهم ورواياتهم صريحة في الجاني غاصبا كان او غيره الا ان يكون الغرض ان الاجماع والاخبار تقول بضمونها (بعضها من) في غير الغاصب لان الشيخ لم يفرق بين الغاصب وغيره في العبد الذي لا ضمانه مقدر فليكن رايه ذلك في الدابة ونحن لا نوافق في ذلك وحاصله تسليم الاخبار والاجماع وحملها على غير الغاصب وقد يقال ان تسليمها يقضي بعدم الفرق بين الغاصب وغيره الا ان اقوى ما يعتمد عليه في الفرق في العبد انه في الجنائيات ملحق بالحر لمكان النص والدابة لا تلحق بالحر فيكون ذلك حكمها دائماً والاسناد الى اشق الاحوال غير مطرد فيؤخذ مؤبداً ولو لم تحمل روايات الشيخ على كون الارش ذلك (ويرد) على الشهيد ان الشيخ روى ايضا في التهذيب صحيحاً عن عمر بن اذينة قال كتبت الى ابي عبد الله عليه السلام اسئله عن رواية الحسن البصري يرويها عن علي عليه السلام في عين ذات الاربعة قوائم اذا فقئت ربيع تمها فقال صدق الحسن قال علي عليه السلام ذلك وصحيحاً عن عاصم بن حميد عن محمد بن قيس عن ابي جعفر عليه السلام قال قضى علي عليه السلام في عين فرس فقئت ربيع ثمناها ورواه في الكافي حسناً بابراهيم وهي صحيحة في زيادات حدود الفقيه وكنهها اي الشهيد من ملحظا سوى الكافي كصاحب الكفاية والرياض فقد تكثرت هذه الاخبار وقد رواها المشايخ الثلاثة وظاهرها العمل بها وقد اتى بها في النهاية والوسيلة ولا معارض لها وحرابي ولا لا يمارضها وليس فيها الا اعراض الاكثر عنها واحتمال انهم جميعاً ما ظفروا بها جميعها بعيد جداً لكن قد اتى ابو حنيفة بذلك وروى العامة ذلك عن النبي صلى الله عليه وآله وسلم وعن عمر انه قال انا كما نزلها منزلة الادمي الا انه اجمع رايانا ان قيمته اربع الثمن فيحمل حملها على النقية من عمر وابي حنيفة (ويرد) على الشهيد الثاني ان ظاهر المختلف اوصر بجه انه حمل الروايات التي ادعاها الشيخ على النصف لاهذه الروايات وصاحب المسالك فهم خلاف ذلك قال كما اسمعناك حمل المختلف حسن لو صححت الرواية ومع ذلك فمدلولها خلاف ما ادعاه الشيخ ثم نسئله ما الذي صحح حمل المختلف عنده حتى حسنه هذا وتبيننا صاحب الرياض لم يحجر حمل النزاع فقال ان اطلاق عبارة النافع بقضي عدم الفرق في الحكم يلزم الارش بالعيب بين ما لو كان بجناية الغاصب في العين ونحوها مما في البدن منه اثنان وبين غيره خلافاً للطلاب فادعى في جناية الغاصب في احدى العينين وما في معناها نصف القيمة وفي كليهما تمامها انتهى ولعل الذي اوقعه في الوجود كلام المختلف وقد عرفت الحال في ذلك (قوله) ولو مات في يده ضمن القيمة وان تجاوزت دية الحر لو كان عبداً اي لو مات الحيوان المفهوم من المقام في يد الغاصب ضمن قيمته وان تجاوزت دية الحر وقد تقدم الكلام فيه ولما سبق حكم الجنابة على الانسان والحيوان ولم يذكر الموت تداركه هنا

وعبر الحيوان يجب صماً ماثل ان من مثلياً وهو تنسوى قيمة احرائه من

(وله) حجة واحدة حياء من صمد مثل ان كرمه ^ب كفي خلاف و... اسرار
 والله ائمة من مائة و... الى سن... علامات الى وغيره
 وحدوه في الجمع... في جامع المصداق... في... صرح...
 فيه... في... اسحق الاصغر... في... من...
 المسح... في... في... في...
 عليه... في... في... في...
 ومن اشبه... في... في... في...
 احرائه... في... في... في...
 والمهدب... في... في... في...
 انصف... في... في... في...
 سدد... في... في... في...
 الجمع... في... في... في...
 احائيه... في... في... في...
 دهم... في... في... في...
 ان... في... في... في...
 في... في... في... في...
 ان... في... في... في...
 والا... في... في... في...
 سبه... في... في... في...
 مساه... في... في... في...
 في... في... في... في...
 فصد... في... في... في...
 وبعكس... في... في... في...
 ملا... في... في... في...
 الت... في... في... في...
 لا... في... في... في...
 فمكن... في... في... في...
 عه... في... في... في...
 ويقال... في... في... في...
 الماقون... في... في... في...
 بدوله... في... في... في...
 ويرد... في... في... في...
 الشيء... في... في... في...
 الثمر... في... في... في...

فان تعذر فالقيمة يوم الاقباض لا الاعواز وان حكم الحاكم بها يوم الاعواز « متن »

مثلية لما يقع في الصحاح من الاختلاف في الوزن والاستدارة والاعوجاج ووضوح السكة وخفائها وذلك ٥
يوثر في القيمة وهو كما ترى وكان الاولى ان لا يسطر (وعرفه) في التحرير بانه ما تماثلت اجزائه ونقاربت صفاتها
وفي الدروس والروضة ١٠ المتساوي الاجزاء والمنفعة المتقارب الصفات وفي المسالك والكفاية انه اقرب
التعريفات الى الدلالة (وقد يقال) انه لا يكاد يخرج الثوب بل ولا الارض وبعض ما تقدم مع زيادة ايهام
التساوي وكذا تقارب الصفات فتأمل (ونحوه) ما في غاية المراد من انه ما تتساوى اجزائه في الحقيقة النوعية اذ
الظاهر صدقه على ما تقدم من الارض والثوب ونحوهما مع اشكال تحقيق الاتفاق في الحقيقة النوعية
ومرجمه الى ما يكون اسم التاميل والكثير منه واحدا كالماء والديس (وحكى) في التذكرة عن بعض فقهاء العامة
تعريفه بانه كل مقدار بكييل او وزن وزاد بعضهم اشتراط جواز بيعه سلا لا ان السلم ثبت بالوصف في الذمة والضمان
سبه لانه ثبت في الذمة وزاد بعضهم اشتراط جواز بيع بعضه لبعض لتشابه الاصلين في قضية التماثل قال
واعترض على العبارات الثلاث بان القفاة والملاعق والمغارف المتخذة من الصفر والنحاس موزونة يجوز السلم
فيها وبيع بعضها ببعض وليست مثلية ونقض الاول بالمعجونات وفي مجمع البرهان انه يشكك ايضا بالغزل والصوف
والوبر والشعر والقطن ونحوها فانها غير مثلية مع صدق التعريف الا ان يقولوا انها مثلية وايضا ليس للكييل
والوزن ضبط في غير ما تحقق في عصره صلى الله عليه وآله وسلم وهو قليل كما بيناه في باب البيع وقد قالوا فيما لم
ينحقق كييله ووزنه في عصره انه يتبع حال البلد فيلزم كون الشيء الواحد مثليا في بلد قيميا في اخر الا ان يلتزموه
او يقولوا لا يجوز السلم فيها ولا بيع بعضها ببعض وحينئذ لا يتم تعريفهم الاول بدون الزيادة على ان الزيادة
الثانية لم يتضح معناها (وكيف كان) فالظاهر ان المدار في هذه التعاريف على العرف اذ ليس للمثل تفسير في
الشرع والظاهر ان المعنى اللغوي غير مراد فان المثل لغة هو المشابه والمماثل في الجملة كما صرح به في مسألة
لا يستوي وقالوا ان اراد المساوات بحسب العرف لا من بعض الوجوه ولا من جميع الوجوه فان الاول موجود
في الكل والثاني موجب للاتحاد والعرف اذا لم يتساهل ولم يتسامح قضى على الظاهر بما حكيناه عن الاستاذ
والمقدس الاردبيلي انما الاماخرج عنه يقين وكلامهم في باب القرض يشهد بذلك فليلاحظ ما كتبناه هناك وباتي
ما يؤيد قرييا (وقد يقال) ان ذلك اي الرجوع الى العرف واللغة فرع تعلق (تعليق خل) الحكم عليه ولم يعلق الحكم
على لفظ المثل في كلام الشارع عدا قوله حل شأنه فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم مع احتمال ارادة مثل
احل الاعداء لا مثل المعتدى فيه الذي هو مانحن فيه فالمدار في اعتبار المثل في المثلي والقيمة في القيمي على
الاجماع والاعتبار وليس فيهما ما يرجع احد التعاريف فليرجع في خصوص الافراد الى ما اتفقوا على كونه
مثليا واما ما عداه فينبغي الاحتياط في مثله بالرجوع الى الرضا والصلح ان امكن والا فلا يبعد ترجيح مختار
الاكثر بالشبهة ولولاها لكان العمل بالخبر بين الآراء فقها (وفيه) ان الاحتمال الذي ذكره في الآية خلاف
المتبادر وقد اطلقوا على العمل بها في مثل المتعدي فيه في باب القصاص والديات واستند اليها جماعة كثيرون
في المسئلة في الباب «سلمنا» لكن في انعقاد الاجماع على اعتبار المثل اكل بلاع فلا بد حينئذ من الرجوع الى
اللغة والعرف وتعريف الخاصة مشتركة في النقص عليها بالثوب والارض وغيرهما فكيف يتأتى التحجير
وتعريف العامة خالية عن هذا النقص متعذرة بما عرفت مما هو اعظم فلا بد من المصير الى العرف بالمعنى
الذي ذكره الاستاذ والمقدس الاردبيلي الا ما خرج عنه بالاجماع على انه قيمي فليتامل جيدا وقد تقدم الكلام
في ذلك في عدة مواضع (قوله) فان تعذر فالقيمة يوم الاقباض لا الاعواز وان حكم الحاكم بها يوم
الاعواز «اما» انه ينقل الى القيمة عند التعذر فهو مما طلعت به عباراتهم كما ستسمع بل هو اجماعي ولعل
دليله بعده ان التعرر منى وان تكليفه لا يطاق غير جائز وان في تاخير الحق اضرارا ايضا فتعينت القيمة

وارفع القيم من حين الغصب الى حين التلف على راي « متن

بخبر اخر عامي وحملها الاكثر على انه حلى الله عليه واله وسلم علم بالرضا منبها كما بينا ذلك كله في باب القرض
وذكرنا هناك تفصيل التذكرة وفي جامع المقاصد كما سيأتي ان شاء الله تعالى ان خلاف ابي علي كاد يكون
مضمحلا (وكيف كان) فقد اتفقوا هنا من غير تأمل ولا خلاف وهناك تأمل بعض وخالف اخرون كما هو
الشان في المسئلة المقدمة (واما) انه يضمن بقيمته يوم الغصب فهو خيرة المتنتعة والمراسم والمبسوط والنهاية في موضع
منبها والدافع وكشف الزموزو كانه مال اليه في الارشاد وفي الارشاد (الشرايع خل) واتحريرانه مذهب الاكثر
(ووجهه) انه اول وقت دخول العين في ضمان الغاصب والضمان انما هو بقيمته فيضمن به حالة ابتدائه « وضعفه »
بان الحكم بضمن العين بمعنى انها لو تلفت وجب بدلها وهو القيمة لا وحب قيمتها حينئذ فان الواجب مادامت
العين باقية ردها ولا ينتقل او القيمة الامع التلف فلا يلزم من احكم بضمائها على هذا الوجه اعتبار ذلك
الوقت (وقد) استدلل عليه في الروضة بصحيفة ابي ولاد قال ارايت لو عطب البغل او انفق اليس كان يلزمي
فدال عليه السلام بعم قيمة البغل يوم خالفته وهو مبني على ان الطرف صلة للقيمة حتى يكون المراد القيمة
الثابتة به المخافة وبعارضة احتمال ان يكون المراد يلزمك قيمة البغل يوم المخالفة بمعنى انها تنعلق بك ذلك
اليوم وحينئذ تحدد القيمة غير مبين يرجع فيه الى ما يقتضيه الدليل كما بيناه في باب البيع « ودعوى » ان الاول
هو الظاهر معارضة باعتبارد عليه السلام بعد ذلك في ارس العيب القيمة يوم الرد قال فان اصاب البغل
كسر او دير او عقر قال عليه السلام عليك قيمة ما بين الصحة والعيب يوم ترده ولو كان فيه دلالة ما امله
التموه وهذا القول فاسد لانه لو غصبته ثم رهنه او استودعه من جاهل بالغصب ثم تلف في يدا المرتها او المستودع
وقيمته حينئذ مثلا عشرون وكانت قيمته يوم غصبه الغاصب عشرة فرجع المالك على المستودع والمرتها بالعشرين
فان رجع على الغاصب بالعشرين يكون قد ضمن للمالك قيمته في غير يوم غصبه وان رجع عليه بعشرة يكون قد
ضمن من ليست يده للضمان الى غير ذلك مما يرد عليه وعلى القول الثاني والثالث فالوجه الثلاثة باطلة (قوله)
❀ وارفع القيم من حين الغصب الى حين التلف على راي ❀ هو خيرة الخلاف والمبسوط والنهاية
في موضع منها والوسيلة والغنية والسرائر والايضاح واللمعة والمقتصر والتبصرة على اشكال وكذا شرح
الارشاد للفخر وفي بيع المختلف نسبة الى عثمان وفي غصبه انه اشهر واستحسنه في الشرايع وكانه قال به او مال
اليه في الكفاية وفي المسالك ان في خبر ابي ولاد ما يدل على وجوب اعلى القيم بين الوقتين وكنهه قال به وقواه
في الروضة ايضا لمكان هذا اخبر الصحيح ولا تغفل عما حكيناه عنه فيها في القول الاول ولعله فهم ذلك من
قوله عليه السلام او ياتي صاحب البغل بشهود يشهدون ان قيمة البغل حين اكترت كذا وكذا فيلزمك
وفي المدروس انه انباسب مقومة الغاصب (وقد استدلووا) عليه بانه مضمون في جميع حالاته التي من جملتها حالة
اعلى القيم ولو تلف فيها لزمه ضمانه فكذا بعده وانه يناسب التغليف على الغاصب (وضعف) بان الزيادة للسوق
مادامت باقية غير مضومة اجماء ولا يلزم من ضمانها لو تلف في تلك الحالة ضمانها مع عدم تلفها فيها لان
ضمانها على تقدير تلفها في الحالة العليا ماجاء من قبل الزيادة بل من حيث الانتقال من ضمان العين الى القيمة
لنفوات العين وهو منتف على تقدير عدم تلفها في تلك الحالة العليا واخذ به باشق الاحوال لا يجوز بخبر دليل
يقينه وقد تبين ضعفه كما ذكر ذلك كله في المسالك وغيرها (وحكى) ان سيد عن المحقق ره في احد قوليه انه يضمن
الاعلى من حين الغصب الى حين رد القيمة (هذا قول اخر غير مشهور « حاشية منه ») وهو مبني على ان القيمي يضمن
بمثله كمثل وانما ينتقل الى القيمة عند دفعها لتعذر المثل فيجب اعلا القيم الى حين دفع القيمة لان الزائد في
كل آن سابق على الدفع من حين التلف مضمون تحت يده ولهذا لو دفع العين حالة الزيادة كانت للمالك فاذا
تلفت في يده ضمنها واليه اشار في الشرائع بقوله ولا عبرة بزيادة القيمة ولا بنقصانها بعد ذلك على تردد

وكذا الصليب والصم والمستولدة والمدير والمكاتب المشروط وغير المؤدي كاعبد في الضامن .
والمنافع المباحة مضمونة بالقوات تحت اليد والتفويت ولو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك
لزم اجرة اعلاها اجرة « متن »

تلى الظاهر وقد حاولنا هناك الجمع بين كلامهم في المقامين بان يكون المراد ان المادة تملك دون الصورة او ان
المادة لاتضمن وتوقف اتلاف الصورة عليها اولاً تملك مطلقاً ولا كذلك الرضاض بعد كسرها فتأمل جيداً
ويأتي بيان الحال في اواني الذهب والفضة الى المشهور من حرمة عملها واتخاذها للفنية والتزيين عند تعرض
المصنف له ونظام الكلام بما لا مزيد عليه في باب المكاسب (قوله) ✽ وكذا الصليب والصم ✽ كما في
التذكرة وفي الكفاية انه قطع به الاصحاب وقد عرفت الحال فيه (قوله) ✽ والمستولدة والمدير والمكاتب
المشروط وغير المؤدي كالعبد في الضمان ✽ اي فلو غصب احد هؤلاء ضمنه كما يضمن القن وبه صرح
في الخلاف والتذكرة والتراخي وغيرها غير انه لم يذكر المطلق الغير المؤدي في الخلاف والشرائع والتذكرة ولعله
لظهور الحال فيه وظاهر الخلاف والتذكرة الاجماع حيث قصر الخلاف على ابي حنيفة فقال ام الولد لاتضمن
لانها لا تشرى بحري الاموال لانها لا تتعلق بها حق الغرماء فاشبهت الحرة (وردوه) بانها مملوكة وتضمن بالقيمة وكل
ما يضمن بالقيمة يضمن بالغصب كالقن ويملك ترويحها واجارتها فاشبهت المدبرة فالقياس عليها اولى من
القياس على الحرة (قوله) ✽ والمنافع المباحة مضمونة بالقوات تحت اليد والتفويت ✽ المراد بالقوات
ذهابها بغير استيفاء . وبالتفويت استيفائها واحترز بالمباحة عن المحرمة كالغنائم واللعب بالآلات للهو واطلاق
الاصحاب مدلل على المباحة ولعل ما حرم بالعارض كما اذا نذر المالك ان لا يستعمله في حياكة مثلاً او شرط
عليه ذلك كذلك (وبالحكمين) المذكورين فتحت عباراتهم بعضها كالكتاب وعض في مطاوي كلماتهم في
ضمن مسائل اخر من دون خلاف اصلاً قال في التذكرة منافع الاموال من العبيد والثياب والعقار وسيرها
مضمونة بالتفويت والقوات تحت اليد العادية فلو غصب عبداً او جارية او عقاراً او حيواناً مملوكاً ضمن . منفعته
سواء اتلفها بان استعملها او فانت تحت يده بان بقيت في يده مدة ولا يستعملها عند علمائنا اجمع ثم انه نسب
الخلاف الى ابي حنيفة خاصة وفي الخلاف وظاهر السرائر الاجماع على ان المنافع تضمن بالغصب مثل منافع
الدار والدابة والثياب وهما باطلاقهما يتناولان الحكمين المذكورين وقد قصر الخلاف في الاول ايضاً على ابي
حنيفة وزاد فيه ان الاخبار تدل على ذلك وقال في التذكرة ايضاً كل عين لها منفعة تستأجر تلك المنفعة فان
منفعتها تضمن عندنا بالاتلاف والتلف تحت اليد العادية اذا بقيت في يده مدة لمثلها اجرة بكونها مما تستأجر
حتى لو غصب كتاباً وامسكه مدة يطالعه او لم يطالعه يلزمه اجرته وظاهره الاجماع ايضاً وقيد المنفعة بكونها مما
تستأجر ليخرج غصب الغنم والمعز والتجر حيث لا منفعة لها تستأجر كما نص عليه في المبسوط لكن كلام
السرائر والتذكرة والكتاب وحامع المقاصد والمسالك في باب الاجارة قد يخالف ذلك فليلاحظ كلامهم فيما
اذا استأجر تفاحة للتسم او الدرام والدنانير (والوجه) فيما عليه الاصحاب انها اموال تدخل تحت الهدايا منافع
المملوك مملوكة (قوله) ✽ ولو تعددت المنافع كالعبد الخياط الحائك لزمه اجرة اعلاها ✽ كما في التذكرة
وحامع المقاصد لانها من جملة ما فاق تحت اليد فوجب اجرتها واطلاقها يقضي بعدم الفرق بين ان يكون قد
استعمله في الاعلى او الدنيا او الوسطى او لم يستعمله اصلاً بل اطلاق التذكرة يتناول ما اذا امكن فعلها
جملة اولاً لانه لم يمثل بالحائك والخياط وقال في المسالك ان استعمله في الاعلى ضمنها وان استعمله في
الوسطى او الدنيا ففي ضمان الاعلى وجهان وتبعه صاحب المفاتيح وقال في الروضة ان امكن فعلها جملة او فعل
اكثر من واحدة وجب اجرة ما امكن والا فاعلاها اجرة ولو كانت الواحدة اعلاً منفردة من منافع متعددة
يمكن جمعها ضمن الاعلى (قلت) هذا هو الاشبه وهو ظاهر جامع المقاصد كما ستمسح تعليقه (و ينبغي) التنبيه على

ولا تجب اجرة الكل ومنفعة البضع لا تضمن بالنفوات وتضمن بالنفويات فلو وطئ وجب مهر
المثل « متن »

الفرق بين المذموم والعمل وأنه يضمن في البيع ابتداءً وفي العمل حرية أو سطره لأنه لا أولوية راسمة إلى
المتابع للناظر عليها فإنه ممكن من كل من على حد سواء بخلاف العمل وإن مرأته متعة فإن آداب الاحير
نفسه فوق المعتاد رز كما ان الرضا بالمتواحي رز ايضا فكان المدار على الاوسط فيصير احصايل انه يضمن
اعلا منافع العبد بأوسطها احره (قوله) ولا تجب اجرة الكل - كما في المذكرة وحل مع المصاحف
وصاحب الروضة يقيده بما اذا لم يكن معها حاملة ويؤخذ لذلك توجيهه في جامع المقصد عدم استيفاء الكل
دفعه واحدة (قوله) ومنفعة البضع لا تضمن بالنفوات وتضمن بالنفويات - (اه) ضمانها بالنفويات
فما لا كلام فيه فيما احدث في الامة مطلقا الا اذا كانت عامة وفي الحرية حيث يكون للبضع احره كما اذا وطئ
بعند او شبهة لا يتم اذا فيها (او اما) عدم الضمان بالنفوات في مخرج به هنا كما في المذكرة ووجهه ان المصاحف ظهر
المذكرة ان لا يخالف فيه حتى من العامة وهو حجة شهادات اخلاف قل اذا شهدا بطلاق نكاحهما كن
بعد المدحول فلا عبرة لان البضع لا يضمن بالنفوات واحدة وانتهى في الشرايع وانصف في الكتب
والايراد وغيرهما وفي المسالك وكشف اللثام انه لا يضمن ذكرها ذلك في باب الشهادات واختاره انصف
ايضا فيما اذا ارصعت زوجته الكبيرة زوجته الصغيرة ذكره في باب الشهادات وتورد فيه اعني في رضاع
الشرايع والضمن في اوائل الفصل الثالث كما يأتي وانتهى في ظاهر الحديث في شهادات النكاح وانصف في رضاع
الكتيب حكم الضمان واما المذموم وحمايته كما في المسالك لان البضع مضمون كالأموال لانه يقابل بالمال
في البيع والخلع ولا يضمن على الرضا المهر لو نكح مهر المثل فادرك وكذلك يضمن المثل
وضمن المصلحة المباحرة مع كثير زوايا (او ان) في الاف على عدم الفرض لانه لو كان يضمن لمجر على
امر ص بالطلاق الا ان يخرج البضع من المهر وبانه لا يضمن له لو فتنها فمال او ماتت معها لم يدفع الاحير
بان المنفعة لا تضمن الا اذا ماتت وحدها مع نفقة المهر فتدحل فيه البضع (او الاولى) ان يخرج له «ان»
منفعة البضع تستحق استحقاق اوراق خاصة والضرورة ولا كذلك ما أثر المذموم وان استحقاقها استحقاق ملك
ثم لا ترى ان من ملك منفعة الاستحقاق ملك نقلها الى غيره بالعوض ان يجره وغير الموص بان يجره
وازوج يستحق منفعة البضع لا يملك نقلها لا بعوض ولا غيره «وان» السيد صاحب ان يزوح الامة انفسه به
ولا يصح ان يجره ولا ان يبيعها لان يداه ص حائلة بين المذموم وشتمه ولو تدانى المذموم كح
احرة فانهم يمدعون فيها ولا يدعي احدهما على الاخر وان كانت عنده ولو اقربت لاحدهما حكم فيها منهجه وذلك
يدل على ان اليد لها (او اما) لو ادعى مع الشدة اشتهة وطناً متعددة لا يثبت عليه الامره احد كما هو اثنان يبيع
النكاح افساد وهذا ايضا من حيث فيه منفعة البضع غير ما من البضع «وان» يميز منه خص البضع ولا يميزه
سوى على تقدير عدم الطلاق والمثل ليس كذلك والخاتمة في مضمون المذموم لا يجب احاطه به مطلقا ولعله
لذلك قل في المذموم منفعة البضع سواء كان لحره او لامة لانهم يميزان مميزات الا في المذموم والاشارة
باطلاق على وجه انتهى وانتمويت في كلام اخلاف فيه يراد به معنى النفوات ولا يراد به الاشارة وهذا
كلام الاصحاب وهو في الحرية غير محذور لانه قد تقدم ان مبيع احر سيرة مفعولة وهما دري ماذا دهم الى
القول ضمان منفعة البضع او التردد في ذلك واحتمل انه ظنوا بدليل احر يدعه انك سرفت ما استدله به
(قوله) فلو وطئ وجب مهر المثل - ساقى الكلام فيه اشياء الله تعالى عند تعاضد البضع له
وبسط الكلام فيه وهو من متعدقات الكتاب (وقيل) وجوب المهر ان كانت نكرا وهذه ان كانت
تنبأ للرواية وهو المشهور (ورده) ابن ادريس بنها في وطئ المشتري الجاهل كونه حاملا لا المأصبا فلا يلحق

وتضمن منفعة كلب الصيد وما صاده به للغاصب ولو اصطاد العبد المغضوب فهو للمالك وفي دخول الاجرة تحته نظر اقر به المدم ولو انتقصت قبعة العبد بسقوط عضو مثلاً بافة سماوية ضمن الارش والاجرة لما قبل النقص سليماً ولما بعده معيباً « متن »

به وباقي تمام الكلام انشاء الله تعالى والظاهر ان المير للسيد وان كانت مزوجة لانه يملك للسيد دون الزوج (قوله) ويضمن منفعة كلب الصيد وما صاده به للغاصب (١٠١) ان منفعة كلب الصيد مضمونة فلانه حيوان يملك يجوز اقتنائه وله منفعة تستاجر وله قيمة في نظر الشارع فيدخل تحت اجماع الخلاف والسرائر واجماعي التذكرة كما تقدم وكذا غيره من الكلاب التي يجوز اقتناؤها والفهد والبازي وبقي جوارح الصيد (واما) ان ما صاده للغاصب فهو خيرة التذكرة وجامع المقاصد لان الغاصب هو الصائد والكلب آلة في الصيد كالسهم والقوس والشبكة اذا غصب شيئاً منها واصطاد به فاشبهه بالو ذبح بسكين غيره وهو اظهر قولي الشافعية والقول الاخر انه للمالك كصيد العبد واكتسابه لانه من كسب ماله فاشبهه بصيد العبد وكسبه والحكم جار في باقي جوارح الصيد (قوله) ولو اصاد العبد المغضوب فهو للمالك لانه صالح للاكتساب براهه وعقله وليس آلة صرفه كالكلب ولما كانت يده يد مولاه كان ما يكتسبه للمولى وكانه مما لا خلاف فيه لاحد (قوله) وفي دخول الاجرة تحته نظر اقر به المدم وهو الاقوى كما في الاضاح والاصح كما في جامع المقاصد لانه استولى على منافعه وقد فأت بغير رضا المالك فاشبهه ما اذا لم يصد شيئاً ولعل للمالك ان يستعمله فيما هو اهم عنده وانفع له فالمنفعة ملك راسه والحاصل بالاصطياد ملك حصل بالاكتساب والحياسة واحدهما غير الاخر وكون الاصطياد سببه لا يتنفي كونه اياه وفرق واضح بينه وبين ما اذا اصطاد باسر المالك (ووجه) الوجه الاخر انه اذا كان الحاصل له كانت المنافع منصرفه اليه فلم يتحقق تقويت الغاصب لها على مالها والاجرانما هو في مقابلة المنافع والذائع في هذه المدة عائدة الى مالها فلم يستحق عوضاً على غيره فكان كما لو زرع ارض اسان فاخذ المالك الزرع بمنفعته فيصير الحاصل ان ما اصطاده بقابل بالاجرة فان لم تزد لم يجب غيره وان زادت وجب اتراند وقد وجه بنحو ذلك في جامع المقاصد وقال لاريب في ضعفه ولعله بهذا التوجيه لا يكون تلك المكانة من الضعف حيث ينفي عنه الريب ولعله لذلك لم يرجع في التذكرة ولعل التحقيق ان يقال ان كانت منفعة منحصرة في الاصطياد او هي اعلاها فالاولى التداخل والا فلا (وليعلم) ان كلامهم هنا يقضي بالفرق بين ما اذا كان الحاصل من المنفعة وجود عين كالغزال مثلاً وبين ما اذا كان منفعة كحياكة الثوب ونحوها ولذلك قالوا هناك انه لو استعمله في الادنى لزمته اجرة الاعلى ولم يلتفتوا الى قيمة الهيئة واحتمال التداخل كما لحظوا ذلك هناك فليتأمل فانه دقيق ومرجع الضمير اضافة اليه في قوله تحته راجع الى ما حصل بصيده فكانه قال تحت ما حصل بصيده (قوله) ولو انتقصت قبعة العبد بسقوط عضو مثلاً بافة سماوية ضمن الارش والاجرة لما قبل النقص سليماً ولما بعده معيباً كما في التذكرة وجامع المقاصد وهو قضية كلام الايضاح بل انعرضون له من العامة موافقون على ذلك لان الزمن الذي قبل النقص كانت منفعة فيه تامة لسلامته بخلاف ما بعده فان المنفعة فيه ناقصة لتقص العين وقد وجب ارش الفات من حين فواته فلا يجب شيء اخر لان وجوب اجرة شيء معدوم بعد عدمه لا يعقل وفي جامع المقاصد ان قوله بافة سماوية لا يخلو من مناقشة لان فواته بفعل الغاصب او اجنبي كذلك (قلت) هو كذلك ولكن اعمل غرضه التنبيه بهذا وما بعده على ان تفصيل الشافعية غير وجيه لانهم قالوا ان كان النقص بسبب غير الاستعمال كما لو سقطت يد العبد بافة سماوية او نقص الثوب بنشره وجب له الارش مع الاجرة مثله سليماً لما قبل النقص ومعيباً لما بعده وان كان النقص بسبب الاستعمال فوجهان احدهما انه بما يجبان معاً والثاني انه لا يجب الا اكثر الامرين كما سيأتي فعنون المصنف المستثنين على نحو ما ذكره وقال ان الاقرب عدم الفرق

وان كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فلا قرب المساواة الاول فتثبت الاجرة والارش
ويحتمل وجوب الاكثر من الارش واجرة ولو عزم قيمة العبد الا بق ضمن لاجرة للمدة
السابقة على الغرم وفي اللاحقة اشكال « متن »

بينهما لا كما قاله واذا لم يفرق بينهما كان من لا يفرق بين سوات بفعل العاصب والموت بفعل غيره فصاعدا
كما هو واضح ولم يتصور نقص عضو من العبد استعماله سواه يتل به ومثل الثوب فتمام (اقوله)
﴿ وان كان بالاستعمال كنقص الثوب باللبس فلا قرب المساواة للاول فتثبت لاجرة والارش ﴾ كما
في الجهد والشرائح والتحرير والارشاد والتذكيرة والايضاح والدروس وجميع المقامات اسالك وجمع
البرهان يمكن تعدد السبب من الاحراء السابقة هذه الارش والمنفعة وفي اللبس سبب يجب عوضها وهو
احرة امتل لان الاصل في الاساءة اذا احتمت عدم التداخل واذا تداخل معا حصل في لاجرة بل حد
ما سبق من انه قبل النقص تحب احرته سليما وعده تحب احرته نقصا يساوي الاول الثاني والاضحى - بوط
العصا (ويبيى) الكلاء في تصور ذلك وتحقيقه اذ الثوب في كل يوم ومثل منه حزم بالاستعمال فيسعي ان
يكون لكل يوم ارض وكل يوم اجرة فتأمل وكما جمع المقاصد في المسئلة صريح في ان الثوب لا اقله
﴿ ويحتمل وجوب الاكثر من الارش والاحرة ﴾ هذا هو الوجه الثاني من وجهي التسامع وهو سبب
الاضحى عنده وقد احتمل في الدروس ايضا استنادا الى ان النقصان من استعماله قد حصل بالاستعمال
بالاحرة فلا يجب له ضمان احرا والا لو حب ضمان لشي واحد اوردته في التذكيرة بان الاحرة سبب الاستعمال
واما تحب سوات المنفعة الى المالك فتحب وان لم يستعمل كما انتهت وانما فتشئ من الاحراء فيجب
ضمان لشي واحد (وقد يقال) انهم لا يكونون حرم الاحرة مطلقا وانما بقى حصصا لانه قد يمتدح
المالك شي واحدا في جامع المصداق بان نقص الاحراء منه في الاحرة لان المالك لا يضمن الاحراء
الناقصة قطعا بل لا سيما ملحمة لوح ضمانهم ولا ما ينقص بالاستعمال فتمت احرته المدة الى ما لا ينقص
به فلو لا كونها ملحوظة لم تحقق ان زيادة وضعها فالاول « يمنع كون الاجزاء الناقصة معه فله ولا يملك
سقوط الضمان الاذن في الاستعمال التام لان المالك او الثاني بان سوات ان زيادة المدة مع ما يعلم انتهى
وفي الثاني ارشادهم وقد سمعت ما احتجوا به اذ هو يرجع الى ان هذا اوقد يقال اذا كان الارش اكتم
يتصور احرا منه عن الاحرة (قلنا) ان الارش ارض احراء تلت بالاستعمال في المنفعة له احدا احرا بكم
احد احرة شي معدوم بعد عدمه فان كان الارش اكبر اعني عن الاجرة والفرق من هذه وما قبلها ما اشرنا اليه
انفا من ان نقص عضو من العبد لا يتصور تبعيته للمنفعة بخلاف الثوب هذا وان لم يكن للمنفعة احرة
كثوب غير محيط فلا اجرة له على العاصب وعليه ضمان نفسه لا غير من عليه في التذكيرة هذا وانما
النقص بالاستعمال لم يتداخل وجبا واحدا كما في جمع المقاصد كما باقي (اقوله) ﴿ ولو عزم قيمة العبد
الاقى ضمن الاجرة لمدة السابقة على الغرم وفي اللاحقة اشكال ﴾ سبب ان شاء الله تعالى انه اذا حب
عينا فتمنر ردها كعبد اتي او دابة تمردت او سببت منه ولم يتمكن من استغلالها وجب عليه دفع القيمة الى
المالك لمكان الحيولة ويدهم احرة المثل لمدة التي مضت قبل بدل القيمة من دون اشكال (واما الاشكال اي
الاجرة لمدة التي بعد بدل القيمة فهل تدبره الاحرة لها ام لا وقد قرب في التذكيرة اللزوم والوجوب وقال انه
اصح وجهي التسامع لان حكم النصب باق وانما وجبت القيمة للحيولة فيضمن الاحرة لعاهات المنفعة ولان
العين باقية على ملكه والمنفعة له وهو قضية كلام المنسوط ومال اليه في المسالك وكأنه قل في محله البرهان
وهو الاصح وقرب في اغرير والارشاد والايضاح العدم وفي السرائع انه اشبه لان القيمة الساخوذة نازلة
منزلة المصوب فكان المصوب عاد اليه وهي الواجبة عليه فاذا دفعها بري ولانه استحق الانتفاع مدله وعوضه

(الركن الثالث) الواجب وهو المثل في المثلي والقيمة العليا في غيره على رأي ولو تلف المثلي في يد الغاصب والمثل موجود فلم يغرمه حتى فقد ففي القيمة المعبرة احتمال (الاول) اقصى قيمته من يوم الغصب الى يوم التلف ولا اعتبار بزيادة قيمة الامثال « متن »

الذي يقوم مقامه فاذا قبضه المالك لم يستحق الانتفاع به اذ لم يبق له من ذلك المال على الغاصب حق والا لم يكن عوضا لكن هذا لا يتم مع الحكم ببقائها على مالك المالك وانما (وان خل) انما هو العدم وجود مسقط للضمان عن الغاصب لها فانه لا يكون الا بردها او بالمعاوضة عليها على وجه تنقل به عن ملك مالهما ولم يحصل وفي جامع المقاصد المسئلة محل توقف ونحوه ما في الدروس والكفاية وباتي لصاحب جامع المقاصد ان الذي يقتضيه النظر الوجوب لبقاء الغصب كما كان قال نعم على الاول بان ثلغا ب حبس المغضوب الى ان يقبض البديل يتأتى عدم وجوب الاجرة بعد دفعه انتهى فتأمل والوجهان حاران في الزوائد الحاصلة بعد بذل القيمة هل هي مضمونة على الغاصب ام لا وباتي الكلام فيها عند تعرض المصنف لها (وليعلم) انه حيث تجب الاجرة تجب اجرة العمل الاوسط كما تقدم بيانه هذا (ولو) كان تعذر الرد ناشئا عن اختيار الغاصب كان غيب العبد الى مكان بعيد وتعذر رده وغرم القيمة فهل يجري الوجهان في المدة اللاحقة او تجب عليه الاجرة لها من دون اشكال لانه غيبه باختياره فهو باق في يده وتصرفه فلا تقطع علانتي الضمان عنه بخلاف الباقي والتسارد فليتأمل (وليعلم) ان محل النزاع في اللاحقة ما اذا رد العبد ام لا واستمر الباقي او لم يعرف خبره فلا اجرة لللاحقة نعم لو عرف بالبينه انه مات بعد اخذ القيمة المحيولة بشهر او سنة او نحو ذلك اخذ اجرة ذلك ولو استمر الاشتباه لم ياخذ شيئا لان الشارع جعله حين اخذ القيمة في حكم المعلوم فيستعجب (قوله) **الركن الثالث الواجب** وهو المثل في المثلي والقيمة العليا في غيره على رأي **جعل اركان الضمان ثلاثة** موجبه ومحله وواجبه بمعنى ما الذي يضمنه هو المثل او القيمة وهذا يقتضي مع التبادر ووصف القيمة بالعليا واضمحلال خلاف ابي علي بان يكون قوله على رأي اشارة الى الخلاف في ان الواجب القيمة العليا ام غيرها كما فهم ذلك من العبارة في كثر الفوائد وجامع المقاصد لان كان اعظم اركان الضمان واما تقديم ذكره فلما كان بالتبع لانه لما قسم المحل الى حيوان وغيره وقال ان الحيوان يضمن بالقيمة وجب ان يذكر غيره فذكر الخلاف هناك واكتفى بالاشارة اليه هنا وجعل في الابضاح قوله على رأي اشارة الى قول ابي علي من ان المثلي يتخير فيه المغضوب منه بين القيمة والمثل كما تقدم بيانه ولو كان كذلك لقال وهو المثل في المثلي على رأي والقيمة العليا في غيره (قوله) **ولو تلف المثلي في يد الغاصب والمثل موجود فلم يغرمه حتى فقد ففي القيمة المعبرة احتمالات** قد عرفت انها للشافعية وانها عشرة وانه ذكرها في التذكرة (وقد يقال) قد تقدم من المصنف ان الواجب قيمة المثل يوم الاقباض فما وجه هذه الاحتمالات (قلنا) ذكر الاحتمالات لا ينافي اختياره وان كان ذكر الفتوى عند ذكرها اقرب الى الفهم وابعد عن الوه (والنقيض) بوجود المثل عند التلف وعدم التسليم له الى ان فقد قد وقع في التذكرة والمسالك والكفاية (ووجهه) انه حينئذ يكون قد استقر في ذمته فيرجع الى قيمته وفي تعيينها الاحتمالات وقضية ذلك انه لو لم يكن المثل موجودا وقت التلف فالواجب قيمة التلف وهو الذي استظهره في جامع المقاصد وقد ترك التقييد بذلك في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والدروس بل قال في الاخير فان تلفت فعليه ضمان المثل فان تعذر فقيمه يوم الاقباض سواء تراخى تسليم المثل عن تلف العين ام لا انتهى فتأمل فيه ولعله اراد بالتسليم فقد ويجري ذلك فيما اذا تلف المثلي على غيره من دون غصب ولا اثبات يد (قوله) **الاول** اقصى قيمته من يوم الغصب الى يوم التلف اولا اعتبار بزيادة قيمة الامثال قال في الابضاح مأخذ الاول والثاني ان عند اعواز المثل هل الواجب قيمة المقصوب لانه الذي تلف على المالك او قيمة المثل لانه الواجب عند التلف وانما رجعنا الى القيمة

(الثاني) اقصى قيمته من وقت تلم المعصوب الى الاعوار (لثاب) قدر مهم من وقت العصب الى الاعوار " متر "

تعدده قد انصف كل مذهب بمحمد بن زيد الاول عند الاول من وقت لعب الى وقت من
المعصية وان هذا لا يفي بالامر من وقت نصف المعصية لاراء حديد بن ابي وهب الاستيعاب في
حكمه من انصف بمحمد بن ابي اذا سمعوا به انه ذكروا في تذكرة من ذاك من
حر كلامه حكى . وحينئذ ذلك معنى ما يمكن صفة في تشرحه ان المعصية هي احدى وجهه
كالمعاد ويرسد الى ذاك في كتاب ولد ذكروا ولا عتذر قطعة لا تفل وهو من مع العيب
في وقت طلب لانه انصفه من معصية في يومه من لا يكره في الاموال (المدال) في الاشارة الى
قاله لا يراهم ذلك اوسع منه ولا سمعوا انصتدوا سمعته في ذلك في الاستيعاب في وقت
منها في جميع انصتدوا ذلك في الاول في تذكرة في الاحكام الاول ان احب من غيره من
العيب الى يوم الطلب ولا انصفه بارة فيحة امتلأه يومه من كذا في مقتوبه من في حبه في امره
محرى المعصية فادعوا من رتبة تلب المعصية والمعصية الواجب من معصية وحسب من
حسن العيب الى حسن التلب (المراد في جميع الامور ان العيب انما هو كالعيب في
(من) ان كل ما كان فيه من فقهه ولا احتسابه بارة فيحة امتلأه لا يكره في الاشارة الى
المعصية . فليتم له من حسن رادة ذلك من عارة الكتاب وان انصفه . فليتم له لا في المعصية . انه
اي ان من محدب عنه والمندوب . معرته منسته وان الطاهر ان من مع التسمية في الاكل والام
الاختلاف يعرفه (قال) والاراء في المعصية في وقتها في الاحكام في انما هو ذاك ان انصفه
الذكورة في باقي الاختلافات في معصية ان . فظاهر ان هذا الاختلاف انما هو من احد
منه وان احتسابه . وهو من احد ان (اووجه) انه لا يكره . فليتم له في الاحكام من ان امره
انصف مع وحده في معصية . من محب . فليتم له فوجب من معصية . فليتم له في المعصية
لا يكره من حسن فيته (اووجه) . في جميع الامور ان انصفه . فليتم له في المعصية . فليتم له
او حرم في وصار . من ترك في كمال ان مالك هو المعصية لا مثله من فيته لا
المعصية سقطت وحده من امره . وتبين انما هو الى انصفه . فليتم له في جميع الامور
الصبر وهو من حسن المعصية ان حسن انصفه . فليتم له في المعصية . فليتم له في المعصية . فليتم له
يظهر الى قيمة الامور من حسن المعصية الى حسن المعصية الى حسن المعصية في المعصية . فليتم له
تعتبر النتيجة من المعصية انما هي انما هي انما هي انما هي انما هي انما هي انما هي انما هي
يعود انصف لا فيحة امتلأه من معصية المعصية الى يومه من معصية من يومه من معصية . فليتم له
تلقه في امره من وقت معصية . فليتم له في المعصية في الاول . فليتم له في المعصية في الاول . فليتم له
الى انصفه . فليتم له في المعصية في الاول . فليتم له في المعصية في الاول . فليتم له في المعصية في الاول . فليتم له
حسن اختلافات ايضا (قوله) الثاني انما هي فيته من وقت نصف المعصية الى الان . فليتم له
ما وجهه به في الاصح والصحيح . فليتم له في المعصية في الاول . فليتم له في المعصية في الاول . فليتم له
انصفه . فليتم له في المعصية في الاول . فليتم له في المعصية في الاول . فليتم له في المعصية في الاول . فليتم له
لا يسقط من لده تعدده ان الذين لا يسقط تعدده انهم ولهذا لو تمكن من مثل حد ذلك . فليتم له
القيمة فما دام لا يباح ذلك القيمة في ذات في الدمة بحاله (قوله) الثالث انما هي فيته من وقت نصف المعصية
الى الاعواز . فليتم له في التذكرة والايفاض بان وجود انصفه . فليتم له في المعصية من امره . فليتم له

(الرابع) أقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة (الخامس) القيمة يوم الاقباض ولو غرم القيمة ثم قدر على المثل فلا ترد القيمة بخلاف القدرة على العين ولو اتلف مثليا فظفر به في غير المكان فالوجه الزامه بالمثل فيه ولو خرج المثل باختلاف الزمان او المكان عن التقويم بان ألتف عليه ماء في مفازة ثم اجتمعا على نهر او اتلف جدا في الصيف ثم اجتمعا في الشتاء احتمل المثل وقيمة المثل في مثل تلك المفازة او الصيف « متن »

بتسليم المثل كما كان مأمورا برد العين فاذا لم يفعل غرم اقتضى قيمه في المدين كما ان المتقومات تضمن باقصى قيمتها لهذا المعنى ولا نظرا الى ما بعد انقطاع المثل كما لا نظرا الى ما بعد تلف المغصوب المتقوم انتهى (وحاصله) ان المثل لما جرى مجرى المغصوب كانت قيمته في جميع زمان ضمان المغصوب مضمونة الى زمن تعذره كما عرف ذلك من الوجهين في الاحتمالين الاولين وهو اصح الاحتمالات عند الشافعية (قوله) (الرابع) أقصى القيم من وقت الغصب الى وقت دفع القيمة (وجهه في التذكرة والايضاح بان المثل لا يسقط بالاغواز الا ترى ان المغصوب منه لو صار وجد ان المثل ملك المطالبة به واما المصير الى القيمة وقت تفرغها والقيمة الواجبة على الغاصب اعلا التيم (وحاصله) ان قيمة المثل معتبرة من زمن وجوبه او وجوب مبدله فانها مضمونة بضمان اصلها فيجب الاقصى تفرعا على ايجاب اعلا القيم وفي الايضاح انه الاصح (قوله) (الخامس) يوم الاقباض (هذا هو الاصح وقد تقدم بيانه) (قوله) (الرابع) ولو غرم ثم قدر على المثل فلا يرد القيمة بخلاف القدرة على العين (هذا تقدم الكلام فيه ايضا) (قوله) (الرابع) ولو اتلف مثليا وظفر به في غير المكان فالوجه الزامه (كما في السرائر والتذكرة والمختلف والايضاح والدروس وجامع المقاصد وقال في الاول انه الذي يقتضيه عدل الاسلام والادلة واصل المذهب (وجهه) ان وجوب رد المظلمة ثابت على الفور فلا يجوز التأخير ولا تراعى مصلحة من حقه ان يؤخذ بأشئ الاحوال فلا فرق بين كون المثل في مكان المطالبة اعلى قيمة اولا ولا بين كون حمله يحتاج الى مؤنة ام لا كما هو قضية اطلاق بعض هؤلاء ونص البعض الاخر على ذلك وقال في المبسوط ما حمله على طوله اذا اختلفت القيمة فللمالك قيمته في بلد الغصب او يصبر حتى يصل اليه ليستوفي ذلك للضرر المنفي وهو المحكي عن القاضي والشافعي (وفيه) مع فورية الحق ان تأخير الاداء ورد المظلمة ضرر على المالك والضرر لا يزال بالضرر واذا تعارض الضرران في الغصب فالترجيح لنفي ضرر المالك اذ الضرر المنفي انما هو من شرع الحكم والغاصب هنا ادخله على نفسه مضافا الى انه يؤخذ بالاشئ لا بالرفق (ولو) انعكس الفرض كأن ظفر به في غير محل الفرض والاتلاف للمثل وكانت قيمته اقل من قيمة مكان الغصب فهل للمالك الامتناع من قبض البديل الى موضع الاتلاف اذا كان حمله يحتاج الى مؤنة وكان غير بلده احتملان كما في جامع المقاصد من دون ترجيح ولعل الاشبه ان له ذلك (قوله) (الرابع) ولو خرج المثل باختلاف الزمان او المكان عن التقويم بان اتلف عليه ماء في مفازة ثم اجتمعا على نهر او اتلف جدا في الصيف ثم اجتمعا في الشتاء احتمل المثل وقيمة المثل في تلك المفازة او الصيف (الاحتمال الثاني) خيرة التذكرة وكذا الايضاح وفي الدروس انه يحتمل ذلك قويا وفي جامع المقاصد ندرته الى الاصحاب وغيرهم وقال لا محيد عن مختار الاصحاب وغيرهم وقد عرفت المتعرض له من الاصحاب ثم انه نسب الى الدروس الجزم به وقد عرفت انه انما احتمله والظاهر انه اراد بغيرهم الشافعية لانه يظهر من التذكرة انه مذهبيهم (وجهه) انه لاقية له اصلا كما هو المفروض في صريحه جمع المقاصد وظاهر الكتب الباقية او صريحها حيث يسمونه بخروجه عن التقويم وكما هو المتبادر من الامثلة بل هو الواقع فيها لان الجدد في الشتاء لاقية له ولما خرج عن المالية بالكلية خرج عن كونه واجبا فعين الرجوع الى قيمة المغصوب في مكان الاتلاف او زمانه فلو بقي له قيمة وان قلت فالمثل بحاله كما هو صريح جامع المقاصد وقضية ما لعله يفهم من كلام التذكرة (وعساك تقول) لو اتلف عليه مائه في

ولو اتلف اية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة اشكال ينشأ من مساواة الغاصب غيره وعدمه فان اوجبناه ففي التضمنين بالمثل اشكال ينشأ من تطرق الربا وعدمه لاختصاصه بالبيع « متن »

المفاضة واجتماعا على شط بحداده لا يكون له قيمة مثله في قرب البندان الى الشط المذكور (قلنا) لما كان مثله الذي في الشط لقيمة له والعدول الى قيمة مثله الاخر غير معقول فتعبر الرجوع الى قيمة عين المصوب فيمكنه اوزمانه فتأمل (ووجه الاول اطلاق الاحصاء والتفاوت على وجوب التمثل في البني من دون تفاوت بالزمان والمكان وقال في الايضاح وجه الاول اطلاق النص وجوب التمثل واختلاف الزمان والمكان اختلاف في امور خارجة عن اماهية وصفية نهاية حتى ان يمانية من هي باعتبار اتخاذ اماهية اومع التدوي في المنافع والقيمة والمتعارف في الاصول الاول وباعتبار اماهية الداية وهو الاصح لان الاعتدال في الماهيات والقياسات بالقيمة لعدم ملك ما لا قيمة له وعدم ضمانه فلا تصح المعاملة عليه فكون معتبرة في المثلثة من جهة اماهية انتهى (قلنا) قدسرت انه لانص في الباب والمعه اراد من الكتاب اعيد وهذا التحقيق لاحاص له يستند اليه وفي التذكرة انهما لو اجتماعا في مثل تلك المفاضة او في الصيف وقد اخذ التبعة هل يثبت التراد الاقوى عندي المنع واستخوده المحقق الثاني لان اصل ايس هو عين المال وقد انحصر الحق فيما اخذه (قوله) ولو اتلف اية الذهب ففي ضمان الزائد بالصنعة اشكال ينشأ من مساواة الغاصب غيره وعدمه ~~فان~~ عدم ضمان الزائد بالصنعة ينشأ على غير اتخاذ الاية حيرة المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتقرير والارشاد والدروس ومجمع الترهان وفي الايضاح انه اولى وفي الكفاية انه قطع به الاصحاب « قلت » من تعرض له قطع به الا انصنف حيث استشكل وولده حيث قال اولى (ووجه) ما عليه الأكثر ان العصب لا يصير ما لا قيمة له شرعا ذا قيمة ولا يجعل ما هو محرم يجب اتا له على جميع المكلفين لان كان منكرا ولا يشترط فيه نية القربه سبب محرم فكان الغاصب وغيره فيه سببا (ونظر المصنف) الى ان هذا الاستيلاء مضمون لكونه ماديا وجميع ما ينقص فيه مضمون والصنعة في حد ذاتها قيمة وان كانت محرومة في نظر الشارع وقدسرت انه لا يتصور العدوان بازالة المحرم ورفع الشكر وان قلنا يجوز اتخاذها كان كالم اتلف حليا فانه لا اشكال حينئذ في ضمان الزائد بالصنعة فيه هذا (وربما) قيل بانه يلزم المصنف مثل ذلك في آلات الاله ويمكن الفرق بالتفاوت في التحريم فانه هناك اغلظ بخلاف الاية (قوله) ~~فان~~ اوجبناه ففي التضمنين اشكال ينشأ من تطرق الربا وعدمه لاختصاصه بالبيع ~~فان~~ اي ان اوجبنا ضمان الصنعة ففي تضمنين الاية يمثل جوهرها اشكال لوجوب الزيادة في مقابلة الصنعة فيجب احتمال تبوت الربا وعدمه نظرا الى التردد في عمومها معاوضات او اختصاصه بالبيع اقلت هذا الاشكال جار في الصنعة المحللة اذا زادت بها القيمة كالحلي (والذي في المبسوط والسرائر والشرائع والتقرير والارشاد والتذكرة في موضع منها ان الاصل اي النقرة تضمن بالمثل والصنعة بالقيمة اي احره مثل تلك الصنعة وفيها جميعا ما عدا الارشاد انه لا ربا للتغاير ولذا تضمن لو ازيلت مع بقاء العين و يصح الاستيجار عليها وفي الدروس انه بشكل بمحوم الربا وقال في المسالك بشكل بانه لم يخرج بالصنعة عن اصله مع تصريحهم في باب الربا بانه لا فرق بين المصوغ وغيره من المنع من المعاوضة عليه بزيادة وانا نمنع من بقاءه مثليا بعد الصنعة لان اجزائه ليست متفقة القيمة اذ انفصلت نقصت قيمتها عنها متصلة ثم قال ان ضمانها بالقيمة اظهر وقد قرب به في موضع من التذكرة واحمله مولانا الارديلي واحتمل في الدروس ضمانها بثلثا مصبوة ان امكن المماثلة كالنفدين وهو بعيد وظاهره الاتفاق على عدم سقوط ضمانها (وقضية) قوله في الدروس بشكل بمحوم الربا ان قضية كلام المبسوط وما ذكر بعده اختصاصه بالبيع وهو كذلك وهو الذي حكيناه عن هذه الكتب في باب الربا نحن هؤلاء لا يحتجون الى التعليل بالتغاير بل الاستناد اليه بقاير كلامهم في باب الربا وما فهمه

ولو اتخذ من السمسم الشيرج تخير بين المطالبة بالسمسم وبالشيرج والكسب والارش ان نقصت قيمته او بالشيرج والناقص من السمسم ولو تعذر المثل الا باكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر ولو ابق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة فان عاد ترادا « متن »

في الدروس خلاف مانعهم منهم في المسالك حيث قال وان عمده قيل كان الحكم كذلك وكان له لحظ التعليل هذا (ولو) تلت الصنعة فقط فانه يضمنها ولا حجر في كون ضمانها من جنس جوهر الاناء لانقضاء الربا هنا (قوله) ﴿ ولو اتخذ من السمسم الشيرج تخير بين المطالبة بالسمسم ﴾ هذا الفرع لم نجد في غير هذا الكتاب وبه اعترف ايضا في جامع المقاصد وقد خيره المصنف بين ثلاثة امور (الاول) ان يطالبه بالسمسم لان عينه بمنزلة التالف فيرجع الى المثل (قوله) ﴿ وبالشيرج والكسب والارش ان نقصت قيمته ﴾ هذا هو (الثاني) ووجهه انه مال المالك وان تغيرت صورته وصفاته لكن ان نقصت القيمة عن قيمة السمسم ضمن الارش لان النقصان بفعل الغاصب (قوله) ﴿ او بالشيرج والناقص من السمسم ﴾ هذا هو (الثالث) وظاهره انه يطالبه بالشيرج والناقص من نفس السمسم فيأخذ مثل ما نقص بان ينسب الشيرج الى عين السمسم وفي جامع المقاصد انه بعيد ولا يكاد يتحصل له معنى لانه لا يعرف نسبة الشيرج الى عين السمسم فاستظهر ان المراد الناقص من قيمة السمسم قال ووجهه ان الكسب اقرب الى التالف لانه ثقل الشيرج وقال ما ذكره المصنف في هذه المسئلة لا يستقيم لانه ان بقي المال بعد تغير صورته وصفاته على ملك المالك لم يكن له اختيار في المطالبة بالبدل وان خرج بالفعل المذكور لم يكن له اخذه باختياره مع ان تصرف الغاصب لا يخرج العين عن ملك المالك باي وجه كان على الاصح ولا وجه لما ذكره هنا وينبغي التثبت في تأمله الى ان يظهر الصواب انتهى (قوله) ﴿ ولو تعذر المثل الا باكثر من ثمن مثله ففي وجوب الشراء نظر ﴾ كما قال في التذكرة والاقرب الوجوب كما في التحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد لصدق القدرة على المثل لانه كالعين وردها واجب وان لم يرد في مؤنته اضعاف قيمته وانقرر لا يزال بالضرر والغاصب وأخذ بالاشق (ووجه) الوجه الاخران الموجود باكثر من ثمن المثل كالمعدوم كالرقبة في الكفارة والمهدي وانه يمكن معاندة البائع وطلب اضعاف قيمة المثل وهو ضرر وضمان لاكثر من القيمة اذ لا فرق بين اخذ المالك لها اي للزيادة واخذ البائع وانه لو خاف المصالح الزائد لم يجب المثل فكيف نوجبه هنا (١) وفرق بينهما باقتراق العوض والثواب ومعناه ان اللص حيث يأخذ الزائد يكون العوض عليه واذا اشترى بالاكثر يكون الزائد على الله تعالى لانه فعل ممثلا لامره (وفيه) ان الاخر ايضا يرجع بالآخرة الى الله تعالى ويمكن الفرق بالهنة وعدها كفيء الوضوء ان كانت مسئلة اللص مسلمة والا فانزاع فيها جاريضا (قوله) ﴿ ولو ابق العبد ضمن في الحال القيمة للحيلولة فان عاد ترادا ﴾ هذا معنى ما في المبسوط والخلاف والغنية والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد ومجمع الرهان وكذا المسالك والكفاية والايضاح وفي الخلاف والغنية انه عليه القيمة وان مالك العين اذا اخذها اي القيمة ملكها بلا خلاف وظاهرهما نفيه بين المسلمين وقد ذكر ان ضمان القيمة للحيلولة في المبسوط والخلاف والغنية والتذكرة والمسالك وظاهر هذه الكتب ان ذلك مجمع عليه ايضا وانهم لياخذونه مسلما كما تقدم ويأتي ومن تتبع كلامهم في المسئلة وحاول جمعه جميعه وضم بعضه الى بعض كان حاصله انه اذا تعذر عادة رد العين على الغاصب عند طلب المالك لها وجب على الغاصب ان يدفع البدل مثلا او قيمة فان رضي المالك بالبدل على وجه المعاوضة ملكه مسلما مستقرا لا يزول بالقدرة على العين بعد ذلك وان اخذه على وجه البدلية لمكان الحيلولة لا المعاوضة ملكه وغناؤه المنفصل له لكن متى عادت العين كان لكل منها الرجوع في ماله فيجبر الاخر على رد ما يده سواء في ذلك الغاصب والمالك بل لا يجوز للمالك امساك

(١) معناه ان اذا لم يمكنه اللص من اصال المثل الى المالك الا ما يزيد من ثمنه على حينئذ المل « منه »

وللعاص حس العدالى ان يرد القيمة عليه على اشكال ، من

القيمة وعمره وما بالكره في رد المصنف الاول ان لا يجر المالك شيئا من البدل . مصنف
الاسكن في ذلك وصية كالم . اذ لا ربه ولا فيه واما عن ان يرد فيه
على ملك . انما مطلقا وتماثل مطلقا . مطلقا . مطلقا . مطلقا . مطلقا . مطلقا .
له . انما يترك ايراد فلا بد من دفع ونحو ذلك . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
التدكرة وسيره وودعه (اي التدكرة) ان لا يترك محله . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
مصنف هذه الاحكام كما سنعرف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
سب كل ذلك في المسألة وكذا انما في احوال . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
واصل المدعى لا اذ . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
ملكه او لملكه . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
وستعرف من احواله . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
حق الثاني . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
وبقي العبد في ملكه . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
حر . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
وهو قبل حصول ملك كل منهما . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
التصرف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
وملكا بالاحد لاختلاف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
ملك المالك . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
واذا امكن احدهما حر . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
عليه ردها عليه . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
بل هما حاكمان . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
(وما) في المسألة من ان العبد يترك العبد . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
صاحبه . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
المعصوم او ما بها اليه . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
فقول اسالك . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
صاحبه . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
في الايضاح . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
ان لا يكتفي بالوجوب . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
كان يتمكن من الدفع . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
ينبغي الوجوب . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
من كلامهم . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
فتمام . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
الى ان يرد التبعة عليه . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .
والاصح . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف . مصنف .

فان تلف العبد محبوسا فالاقرب ضمان قيمته الان واسترجاع الاولى ولو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة في تقديم احد الاصليين نظر « متن »

فورا فيستصحب ولا يجوز حبس مال في مقابلة مال اخر قد حبسه مالك المال ظلما لان من ظلم لا يظلم وجزم في التحرير بان له ذلك لانه قد دفعها عوضا فله حبس المعوض الى ان يقبض العوض كسائر المعاوضات ومن ذلك يعرف الوجه في استشكل المصنف ومحل الفرض ما اذا لم يعلم انه لا يردها عليه والاقله المقاصة (قوله) فان تلف العبد محبوسا فالاقرب ضمان قيمته الان واسترجاع الاولى هذا مبني على جواز الحبس كما هو الظاهر من سوق العبارة وما سلف له من اختيار ان الواجب اعلا القيم اذ لو لم يكن مبنيا على جواز الحبس ما عدل عن مختاره وهو الذي فهمه ولده في الايضاح وصاحب جامع المقاصد (ووجه) القرب ان حكم الغصب قد زال بدليل جواز الحبس الى ان يقبض ما دفعه للحيلولة وهذه اليد غير الاولى لكونها مستحقة ولوجوب رد المالك القيمة الاولى فاذا تلف ضمن بقيمته يوم التلف فيسترجع القيمة الاولى وكان حقه ان يقول يسترجع الزائد كما صرح بذلك كله في جامع المقاصد وحاصله ان العين لما كانت باقية على ملك المالك مضمونة على الغاصب وقد خرجت عن كونها غصبا بجواز الحبس الى ان يقبض القيمة وجبت قيمة يوم التلف كما هو ظاهر ومنه يعلم حال ما في الايضاح وكثر الفوائد (قال في الاول) في وجه القرب ان حكم الغصب قد زال برد القيمة وهذه اليد غير الاولى الى اخر ما ذكر ولا ريب انه اراد برد القيمة وجوب رد المالك لها الذي جاز حبس العين في مقابلته وان كان ظاهر العبارة خلاف ذلك لانه لا يجوز ان يراد برد القيمة دفع الغاصب لها لما كان الحيلولة لان ذلك لا يزول به حكم الغصب وقال في وجه العدم انه انما يستحق رد الاولى بدفع العين ولم يحصل والحصول في يد الغاصب لا يؤثر في زوال ملكية المالك للقيمة التي في يده لان يد الغاصب موجبة للضمان فيستقر ملك المالك على القيمة الاولى ان كانت اكثر قال وهو الاقوى عندي (وفيه) انه اذا كان مبني المسئلة على جواز الحبس كان حكم الغصب زائلا وكانت ملكية المالك للقيمة زائلة لوجوب ردها عليه فلم تكن يد الغاصب موجبة للضمان اصلا كما هو الاصل (وقال) السيد العميد على ما حكى عنه هذا انما يتمشى على وجوب قيمة يوم التلف اما لو اوجبنا له الاكثر كان له الاكثر من القيمتين الاولى والثانية وكانه لم يبنه على جواز الحبس الظاهر من كلامه كما عرفت او بناء ولم يلتفت الى ما ترتب عليه وتد حكام برمه عنه في جامع المقاصد ثم وجهه له بانه ان كان الاقل هو القيمة الاولى فانه قد دفعها عوضا عن العين باستحقاق فلا يجب ما سواها وان كان الاقل هو الثانية فهي المستحقة بالتلف لان الاولى للحيلولة وقد زالت بجواز الحبس ثم قال وفيه نظر لان المدفوع للحيلولة لم يكن عوضا عن العين ولهذا لا تخرج العين بذلك عن ملك المالك ولا يستقر ملكه على المدفوع انتهى ولعل الاقل في كلامه من طغيان القلم اراد ان يثبت الاكثر فثبت الاقل كما هو الموجود في ثلاث نسخ وعلى تقدير الاكثر لم يكن السيد العميد بنى ذلك على ما ذكر بل بناء على ان الواجب في كل مفصوب اذا تلف اعلا القيم من دون التفات الى دفعها عوضا واستحقاقها بالتلف فليلاحظ ذلك كله (قوله) ولو تنازعا في عيب يؤثر في القيمة في تقديم احد الاصليين نظر اذا اتى الغاصب بالعبد وبه عيب العور مثلا وهو حي فادعى الغاصب سبقه على الغصب وادعى المالك سبق الغصب عليه تعارض الاصلان وكذلك الحال فيما اذا كان العبد قد مات او خفي خبره ولا كذلك لو كان قد مات او خفي خبره وادعى الغاصب ان به عيب العور مثلا وانكر ذلك المالك بالكلية كما ستعرف (فعلى الفرض الاول) يتعارض الاصلان كأن يقال العور حادث والاصل تاخره عن الغصب والغصب حادث والاصل تاخره عن العيب وايضا الامل عدم حدوث ما يوجب هذا العيب بعد الغصب معارض باصل عدم حدوث ما يوجب قبل الغصب وبعض الاول اصل البرائة وبعض الثاني اصل السلامة وهو بمعنى الغالب الراجع

وبمعنى القاعدة لانت الشارع ارسى قواعد مسرعه في السلامة وليس احدهما واردا في الاخر ولا ناقل عنه بل كما ان الاصل في بني ادم السلامة كذلك الاصل في بني ادم عدم شغل الذمة فينبغي ان يفرع في الترجيح الى القوة ولا ريب ان اصل البرائة اقوى لانه قد دل عليه العقل والنقل واصل السلامة بمعنييه كالاسل في الاستعمال احقيقه منشئه الظن والرجعت والغصة فيقدم قول الغاصب كما هو خيرة المنسوط والسرائر وظاهر المختلف او صريحهما وما اذكر يعلم حال ما قلته في جامع المقاصد والمسالك في وجه النظر قال بنشأ من تعارضهما فان الاصل برائة الذمة من ارض ذلك والاصل السلامة في العبد الى حين اثبات اليد فتعارضهما اوجب التردد فقال لا يخفى ان التعارض غير واضح لان اصل السلامة من العيب يقتضي شغل ذمة الغاصب لمان جميع العبد ومع ذلك لا يبقى اصل البرائة لوجود تناقض عنه ولان الاصل عدم تقدم الغيب وهو معنى ما جرد في الايضاح وانت اذا حطت ما حررته عرفت ان في كلامهم نظرا من وجوه ومخبر (المسئلة) ان يقال انه لما خلق تاما كما هو المفروض في كلامهم حيث يثنون بالعمور ولم يمتثلوا في كنهه كنه التامات باصل السلامة تمسكا باستصحابه فمعناه اننا نستصحب السلامة الى حال روايته وقد رايته في يد الغاصب اعور فيكون مضمونا عليه والعيب حدث بعد الغصب مضافا الى انه حادث والاصل تاخره وعدم حدوثه ما يوجب قبل الغصب (واما التمسك باصل البرائة فيكون باستصحابه) ومثله فمعنى التمسك باستصحابه ان يقال خلق هذا الغاصب وذمته بريئة من هذا العيب فيستصحب الى حال روايته وذلك بقضي بانه حدث قبل الغصب مضافا الى ان الغصب حادث والاصل تاخره وعدم حدوث ما يوجب هذا العيب بعد الغصب فكانت الاصول الستة متعارضة ففرعنا الى الترجيح المتقدم (وقولهم ان اصل البرائة متأخر عن اصل السلامة) وقطوع به عدم صحيح بل هذا التحرير نعم لو تمسكنا به نفسه الان وقلنا الرجح الغالب البرائة لا بمعنى استصحابه ثم ما ذكره وهو الذي اوقعهم في هذا الوهم ويرشد الى ذلك موافقتهم لما عاينوا اذا كان العيب الحادث الذي يدعيه الغاصب اصلا في الخلقة كأن ادعى انه امه او ولد اعرج او ملا يد فانهم قالوا لا يتم الاصل الا بتمني الغالب فان السلامة في الخلقة غالبية راجحة ومعارضة باصالة برائة الذمة من ذلك فيقدم قول الغاصب من ذلك وهذا كما ترى يشهد لما قلناه كما هو واضح من تام بل والاعجب من ذلك ان المحدثي في الشرائع لم يحور ذلك كما ستد مع (ولا ريب) انه اذا علم تاريخ احدهما وشك في الاخر كان الاصل تاخره. واما الاقتران فلم يجدهم يلتفتون اليه اصلا والوجد في ذلك انه نادر جدا والاصل عدمه وكيف كان فقد اختير تقديم قول المالك فيما نحن فيه في الشرائع والتحرير والارشاد والايضاح وجامع المقاصد والمسالك من في الاخير انه لا يجوز ولا ترجيح في التذكرة ولعل ظاهر جامع المقاصد ان المسئلة هنا مفروضة فيما اذا اتى به حيا وكلاء الايضاح قابل للحي والميت وقد عرفت ان الاصول والقواعد تقضي بعدم الفرق بين الحي والميت اذا اتفقا في وجود العيب واختلغا في تقدمه الى الغصب وتأخره عنه (وبأني للمصنف) في اخر الباب عبارتان (احدهما) ادعى الغاصب عيبا تنقص به القيمة كالعمور قدم قول المالك وقد حمى في جامع المقاصد الى ما اذا كان الاختلاف بعدم موت العبد وناقشه بانه رجوع عن التردد الى الجزء يعني انه تردد هنا وجزء به هناك وهذا يقضي بان ما هنا محمول على صورة الاختلاف بعد الموت لكن بسهولة ان المستثنين عنده من واد واحد كما قلناه (والثانية) قوله ايضا بعد ذلك لو ادعى تجدد العيب المشاهد في يد الغاصب والغاصب سبقه اشكال وهو نص فيما اذا كان الاختلاف حال حيوة العبد (والاصل) في ذلك ان الشيخ في المنسوط فرق قال اذا غصب عبدا فرده وهو اعور فقال سيده عور عندك وقال الغاصب بل عندك فالقول قول الغاصب لانه غارم فان اختلفا في هذا والعبد قد مات ودفن فالقول قول سيده انه ما اعور والفصل بينهما انه اذا مات ودفن فالاصل السلامة حتى يعرف عيبا فكان القول قول السيد وليس كذلك اذا كان حيا لان العور مشاهد موجود انتهى (وقال) في السرائر فان غصب عبد افرده وهو اعور واختلفا فقال سيده عور عندك وقال الغاصب بل عندك قدم قول الغاصب لانه غارم

والذهب والفضة يضمنان بالمثل لا بنقد البلد على رأي فان تعذرواختلف المضمون والنقد في الجنس ضمنه بالنقد وان اتفقا فيه وفي الوزن ضمنه به وان اختلفا في الوزن قوم بغير جنسه حذرا من الربوا (المطلب الثاني) في الاحكام وفصوله ثلثة (الاول) في النقصان ولا عبرة بالنقص لتغير السعر مع بقاء العين على صفاتها « متن »

وقال بعض اصحابنا فان اختلفا والمبد قد مات ودفن فالقول قول سيده انه ما كان اعور والذي يقوى عندي ان القول قول الغاصب لانه غارم في المستلثين والاصل برائة الذمة وهذا الذي ذكره بعض اصحابنا تحريج من تحريجات المخالفين والذي تقتضيه اصول المذهب ما ذكرناه انتهى (والظاهر) من كلام الشيخ والشهيد في الدروس بل وابن ادريس ان الشيخ فرض مسألة الموت فيما اذا انكر المالك العور مطلقا وهو الذي استظهره من كلام المختلف بل كلام الشيخ لانه كالصريح في ذلك حيث قال القول قول سيده انه ما اعور وهو الذي نبه عليه المصنف في اواخر الكتاب حيث فرق بين المستلثين فجزم في مسألة الموت بان القول قول المالك واستشكل في مسألة الحيوة هنا وهناك لمكان تعارض الاصلين فلم يكن رجوع عن التردد الى الجزم والمحقق الثاني بل والاول لم يحجر اكلام الشيخ والجماعة فظنا ان المستلثين مفروقتان فيما اذا اتفقا على وجود العيب واختلفا في تقدمه وتاخره وقد عرفت ان الظاهر انه ليس كذلك وان كان يتوهم في اول وهلة من كلام المبسوط بل والسر اثر ذلك والا فما كان المصنف في اخر الكتاب والشهيد في الدروس ليستشكلا في مسألة الحيوة ويختارا تقديم قول المالك في مسألة الموت من دون تقادم عهد ومثل ذلك مافي التحرير وقد سمعت مافي المختلف (والوجه) في ذلك ظاهر لان المالك اذا انكر العيب بالكلية وادعاه الغاصب فالاصل عدمه والاصل السلامة منه فلا مجال لاصل البرائة لانهما حاكبان عليه ناقلان عنه وان ظن ابن ادريس انه مقدم عليهما لقوته واحتمله غيره لكنه خطأ لان ذلك حيث يتعارضان وهنا لا تعارض وانما فرض ذلك في صورة الموت لانه في صورة الحيوة يظهر الحال بالمشاهدة وتعارض الاصول ومعرفة الوارد والناقل مما يدق فذلك وقع لهؤلاء الاجلاء ما سمعت (قوله) والذهب والفضة يضمنان بالمثل لا بنقد البلد على رأي موافق للسرائر والشرائع والتحرير والتذكرة والمختلف والايضاح والدروس وجامع المقاصد لعموم امثل في المثلي وقال الشيخ في المبسوط يضمنان بنقد البلد وقد عدما قبل ذلك من اقسام القيمي فبراعى التفصيل الآتي والجماعة لا يعتبرونه الا بعد تعذر المثل (قوله) فان تعذر واختلف المضمون والنقد في الجنس ضمنه بالنقد وان اتفقا فيه وفي الوزن ضمنه به وان اختلفا في الوزن قوم بغير جنسه حذرا من الربوا ونحوه مافي الشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد اما مع الاختلاف في الجنس فلا تنقاه الربوا مع اختلافه واما مع الاتفاق فيه وفي الوزن فلا تنقاه المحذور كما هو ظاهر كالثالث لكنه ان رضي فيه بالمساوي فلا بأس (قوله) المطلب الثاني في الاحكام وفصوله ثلثة الاول في النقصان ولا عبرة بالنقص لتغير السعر مع بقاء العين على صفاتها فلا يضمن زيادة القيمة السوقية بلا خلاف كما في المبسوط وظاهره نفيه بين المسلمين واجما كما في المختلف والروضة وهو (اي الاجماع ح) ظاهر الخلاف حيث قصر الخلاف على ابي ثور وظاهر التذكرة حيث نسبته الى جمهور العلماء وقصر الخلاف على ابي ثور وقال ان بعض الشافعية وافقه وظاهر المسالك حيث نسبته الى اكثر اهل العلم وقصر الخلاف على شذوذ من العامة وبه طفتت عباراتهم في المقام حتى ممن لا يعمل الا بالقطعيات بل في مقامات اخر ياخذونه مسلما فالاجماع يحصل لاريب فيه معنضد بالاصل والاعتبار لان الفائم رغبات الناس لا شيء من المصوب فان عينه موجودة والواجب ردها فكان عموم خبر الضرر مخصصا بذلك ولعل الاستاذ قدس الله تعالى روحه ما اطلع على ذلك كله والا مال الى الضمان مترددا

فلو ساوى يوم انقصب عشرة ويوم الرد واحدا فلا نسيء عليه فان تلف وحببت العشرة ولو تلف بمصه حتى عاد الى نصف درهم بعد رد الاصل الى درهم وحب القدر العائت وهو النصف بنصف أقصى القيمة وهو خمسة مع الباقي ووعادت قيمته بالاى الى خمسة تم انقص السوق فعادت قيمته الى درهم لزمه مع الرد خمسة الناقصة بالاى ولا يفرم ما نقص بالسوق من الباقي ولو كانت القيمة عشرة فبالاى حتى ساوى خمسة تم ارتفع الارفع دخل السوق فلفت مع الاى عشرة احتل رده مع العشرة لان التالف نصفه فبقي كله لساوى عشرين ورده مع خمسة الناقصة بالاستعمال ولا عبرة بالزيادة بعد التالف كما لو تلف كله تم زادت القيمة وهو اقوى ولو قطع اثوب قطعاً لم يملكه بل يرد القطع مع الارش " متن "

في الاحكام ومحملاً كون المراد منه غير معناه اصطلاح وهو مد عربى لان هذا الاختلاف حارب جميع الاحكام المنقولة بل في بي احلاف بلاع لك به حجة طيه عندنا (قوله) ﴿فلو ساوى يوم انقصب عشرة ويوم الرد واحدا فلا نسيء عليه﴾ الواحه به طاهر (قوله) ﴿فان تلف وحببت العشرة﴾ بما الى ما اختاره انصف من ان الواحد الى القيم مع التالف (قوله) ﴿ولو تلف بمصه حتى عاد الى نصف درهم بعد رد الاصل الى درهم وحب القدر العائت وهو النصف بنصف أقصى القيمة وهو خمسة مع الباقي﴾ يريد انه اذا صار الثوب مثلاً ادى كانت قيمته يوم العصب عشرة يساوي بحسب السوق درهما واحدا تم تلف بمصه يعني مصه فانه بمصه على مختار انصف بمصه درهم وهو نصف اى القيمة فيرده ويرد الباقي من العين (قوله) ﴿ولو عادت قيمته بالاى الى خمسة تم انقص السوق فعادت قيمته الى درهم لزمه مع الرد خمسة الناقصة بالاى ولا يفرم ما نقص بالسوق من الباقي﴾ كما في التذكرة جامع المقاصد ومراده انه اذا لبس الثوب الذي قيمته به مصه عشرة دراهم وبالاى حتى عادت قيمته الى خمسة فيكون بمصه بدر النصف باعتبار العائت من العين والقصات تم انقص بمصه قيمته المعصوب كله والباقي مد الاى الى درهم فاللازم قيمة اثالث فانه كانت ساوى قيمته عند التالف خمسة واما الباقي فيجب رده لانها ما نقص بالسوق (قوله) ﴿ولو كانت القيمة عشرة فبالاى حتى ساوى خمسة تم ارتفع السوق فلفت مع الاى عشرة احتل رده مع العشرة لان التالف بمصه فبقي كله لساوى عشرين﴾ اي يفرم قيمة عشرة التالف وهو قول بعض الشافعية وقد قال في التذكرة انه عطل وفي جامع المقاصد ان مصه طاهر لان زيادة السوق بعد التالف لا اثر لها واحتمال كونه كالباقي لبقاء الاصل خيال واه (قوله) ﴿ورده مع خمسة الناقصة بالاستعمال ولا عبرة بالزيادة بعد التالف كما لو تلف كله تم زادت القيمة وهو اقوى﴾ وهو الحق كما في الاصحح والاوجه والاصح كما في جامع المقاصد وحزم في التذكرة وهو من جماعة من الشافعية (قوله) ﴿ولو قطع الثوب قطعاً لم يملكه بل يرد القطع مع الارش﴾ يريد انه اذا انقص شيئاً تم عبره عن مصته التي هي عليها مثل ان كان ثوباً فقصها دراهم او حنطة فطحها او دقيقاً فصعته او ثوباً فقطعه لم يملكه احكاماً كما في التذكرة في موضع منها والمسالك وطاهر التذكرة في موضع اخر حيث سبه الى علمائنا وظاهر السرائر في مسئلة عصب الحب والبص في موضع منها واما خالف فيه ابو حنيفة وبالحكم صريح في الحلاف والمسوط والقبه والسراير والشرائع والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد وجميع الرهان بل يرد مع الارش ان نقص عند علمائنا كما في التذكرة وسلا حلاف كما حكى عنها (وحكى) في الحلاف عن ابو حنيفة انه اذا غير انقصب تعبيراً ازال به الاسم والمنفعة المقصودة وكان ذلك بفعله ملكه (وحكى) ابن جرير عن ابو حنيفة انه لو دخل لص دكان رحل فوجد ثوباً وطعاماً ورعى فقص

ولو كان العيب غير مستقر كما لو بل الخنطة حتى تعفنت او اتخذ منها هريسة او من التمر والسمن حلواء فان مصيره الى الهلاك لمن لا يريد فالاقوى رد العين مع الارش « متن »

البغل وطحن الطعام ملك الدقيق فان انتبه صاحب الدكان كان للصل قتاله عن دقيقه فان اتى الدفع عليه فلا ضمان على اللص (ودليل) ما عليه الاصحاب واضح وهو ان الاصل عدم خروج الملك عن ملكه والا اصل بقائه على ملكه حتى يعلم المزيل والغصب والتصرف لم يثبت ايجابهما لذلك بل هما موجبان للضمان ومن البعيد عن محاسن الترع كونهما موجبين للملك لمكان الضرر القبيح عقلا ونقلًا وهذا الدليل حار في تمام الملك كله فاذا عصب بضعة ومرتحت بان للمالك البيضاء وكذلك الزرع في عاصب الحب فقول الشيخ انهما للغاصب كما ياتي كقول ابي حنيفة هنا وقد جعل المسئلين في السرائر من سنخ واحد ولا يصح الاستشهاد بنقطة الفعل للشيخ و ياتي بما الكلاء في اول الفصل الثاني (قوله) ولو كان العيب غير مستقر كما لو بل الخنطة حتى تعفنت او اتخذ منها هريسة ارض التمر والسمن حلواء فان مصيره الى الهلاك لمن لا يريد فالاقوى رد العين مع الارش لو عصب عينا فتعيبت عيبا غير مستقر نقصه كأن نقصت نقصا له سرية وذا يزال يزداد الى الهلاك كما لو بل الخنطة فتمكن الغص منها او اتخذها هريسة فقد قال الشيخ في المبوط الاقوى انه كالمستهلك ومعناه ان الغاصب يضمن ائصال ان كان مثليا والا فقيمة وقضيته ان الخنطة المبولة تكون للغاصب لانه الحقه بالمالك في حق المالك ولو هلك لم يكن للمالك غير ما اخذه ضمانا فكذا هنا ويحتمل ان يكون للمالك لثلا يكون العدو ان ناعما كولو نجس زيه فان المالك اولى به واختير في التذكرة والمختلف والارشاد والايضاح وجمع الرهان وجامع المقاصد ان المالك ياخذ ويأخذ ارشه وقت الدفع ثم كل ما تجدد نقص في المستقبل رجع بارشه حتى يستقر النقص وفي الاحير التقييد بما اذا لم يتمكن المالك من العلاج وان تمكن بسهولة ففيه تردد اقلت اذا كان المفروض ان العيب سار لا يزال يزداد الى الهلاك كما فرض ذلك في التذكرة وهو ظاهر غيرها كان ارشه وقت الدفع تمام القيمة وهو عود الى قول الشيخ وكذا الحال لو ضمن ارش عيب سار وقولهم انه يضمن في كل يوم ارش نقصه في اليوم اذول يضمن درهما وفي اليوم الثاني نصف درهم مثلا وهكذا الى ان يتلف فيضمن التالف بقيمة فقيد ان هذا لا يكاد ينفذ ولا يعلم مقدار نقصه والاحكام لا تناط بمثل ذلك الامع المسامحة والمصنف هنا استشكل في ضمان النقص المتجدد كما سسمع (حجة الشيخ) انه مشرف على التلف ولو ترك بحاله لفسد فهو كأنه تالف وفي جامع المقاصد ان ضمه طاهر اذ ليس بتالف وان كان قد يؤل الى التلف ثم انه بعد ذلك احتمله قال ويحتمل دفعه الى الغاصب واخذ البديل لانه بمنزلة التالف وهذا قول الشيخ في احد الاحتمالين كما تقدم وقد قال في التذكرة انه اظهر اقوال التافعية (قلت) وبعضه ما استمرت عليه طريقة الناس في معاملاتهم فانهم بعدون الخنطة التي تمكن منها الغص تالفة لا يرجع عليها احد فلم يكن ضعفه بذلك المكانة من الظهور على انه قد يعود اليه بالآخرة ما اختاروه او يلزم ان يحصل للمالك مثل كثره وزيادة فتأمل جيد (ووجه) رد العير مع الارش انه باق على ملك المالك اذ لا يخرج المملوك باحداث حدث فيه عن الملك فيجب رده على مالكه وضمان ما نقص بالجنابة وهو جيد ان كان العيب مستقرا ولم يكن الباقي في حكم التالف فتأمل (ووجه) ضمان النقص المتجدد انه مستند الى فعل الغاصب ووجود السبب كوجود السبب فكلما نقص شيئا ضمنه فيكون كسراية الجنابة (ووجه) ما في جامع المقاصد من التقييد ما قاله من انا نفرق بينه وبين سرية الجنابة بان دفع سرايتها غير داخل تحت القدرة بخلاف علاج نحو الهريسة فيكون ترك العلاج بمنزلة ترك شد القصد وترك علاج الجرح فلا يكون مضمونا انتهى (قلت) لو جرحه فترك المداواة فالتضمنه بلا خلاف اجمده فان السراية مع ترك المداواة من الجرح المضمون على الجراح وهذا الذي نحن فيه مثله واما لو فصده الفصاد مداواة لمرضه بامر الطبيب فترك شدة او ترك كل منهما شدة حتى نزل الدم فالتضمنه الشرائع

وكما نقص شيئاً ضمنه على أشكال يتسبب من حصول البرائة بدفع العين ورس النقص فيجوز ان يعانده المالك بعدم التصرف فيه بل يتلف من استند النقص الى السبب الموحد في يد الغاصب ولو غصب شيئين ينقصهما التفريق كزوجي خف وصراعي باب تلف احدهما وقيمة الجميع عشرة والواحد ثلاثة صم سعة وهي قيمة التالف مجتمعا ونقصان الباقي وكذا وشق ثوبا نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما ما شق تم تلف احدهما « من »

والتحريز والارشاد والتلخيص انه لا ضمان على فسخه اذ لا ضمان في رد النقص من كل من سدد الموت الى سرقة اخرج هو كعدم حرمانه في تحمل المرواح مداوا (و قد مر) فلا يوجب التنظير بالنقص لانه مصلحة المقتود لا يوجب على المرح واعضد من واحد - عرقته من الف في يد الغاصب (قوله) وكما نقص شيئاً ضمنه - من حصول البرائة دفع عين ارس النقص فيجوز ان يعانده المالك عدم التصرف فيه اي ان ياتوا بامره ان يابى الا بامره في ماله من (اما الوجه الثاني) من الاشكال فسد منه (الاول) وينتج ما ذكره اذ لا ضمان من حصول الا انه يدفع العين وارس النقص لا اوجب له حق ازالة ما لا يوجب له حيازة ولا شيء اخر بعد ذلك واعتصم بان حوالة حيازة لا يقتضي كمال حق الواجب وان كمال الحق لا يدرأه منه - تلف شيء يكون مقصودا بعد وذا حد ضمنه لا يوجب حيازة منه جيد الظاهر ان كل افسد فيجوز ارجاع كونه تتمعه لهذا الوجه في رد العين اذ لا يوجب ذلك لزم الضرر في العصب اذ لا يوجب رد المالك الى اخره ويحتمل ان يكون وحده افسد فكم معنى ولا يوجب تقدير العصب اذ لا يوجب رد العصب الضرر وهو منفي باخر والعبرة لا في رد واحد من اثنين وتسمية احملة باله صديها في يد الغاصب من اربط كما ذكر ذلك كله في - افسد انما لا يقال - بل لا يوجب افسد على العصب اذ لا يوجب رد واحد لا بدفعه فان الضرر لا يزال بالضرر افسد - افسد بالاشتق (قوله) - قوله - نص فيبين بتقصدهما التفرق كزوجي خف وصراعي باب تلف احدهما - فيجمع جميع سيرة والواحد بدنه صم سعة وهي قيمة التالف مجتمعا ونقصان الباقي (قوله) - هذا معنى في افسد والسرا - والشرائع والمذكورة والتحريز والارشاد والدروس وحامع المقاصد والمالك والافضة ومجمع البرهان والكفاية (و قد مر) ضمان فيجمع مجتمعا ان ذلك هو قبيته من حين العصب الى حين التلف (و قد مر) ضمان نقصان قيمة الاخر - لانفراد محضوا سبب التفريق المستند اليه لانه قد فوت صفة الاحتجاج في يده وقال في اللغة انه يصمم قيمته التالف مجتمعا وهذا يقضي بانه لا يلزمه الاحسنة (ولعل) - افسد - تلف سيرة ولا نقص الباقي نقص قيمة فلا يلزمه كتنقصها تعبير السر (وفيه) ان نقص السر لم يذهب من المعصوب عين ولا معنى وهما فوت بخبايته معنى وهو ما كان الانتفاع به وهذا هو الموجب لنقص قيمته فكان كالموت كترتيب - او شق ثوبا ينقصه الشق وان تلف احد الشقين (قوله) - وهذا لو شق ثوبا نصفين فنقصت قيمة كل واحد منهما بالتق تم تلف احدهما - كما في المذموم والشرائع والتذكيرة والتحريز والارشاد وحامع المقاصد والمالك ومجمع البرهان والكفاية وتنحقق المساواة في الحكم اذا كان احد النصفين انما يحصل به كمال النفع مع النصف الاخر كأن يكون جعله ثوبا انما يتحقق بهما لدفع النصف عن الاستقلال وعدم وجود مماثل له ضمنه وحو ذلك فمع فقدته يفوت هذا النفع فتنقص قيمة الاخر بذلك ولعل الباء في قوله بالتق سببية حتى يكون المعنى ان نقصان كل واحد منهما بواسطة التفرقة التي سببها الشق لانه على تقدير تلف احد النصفين من الثوب المشقوق لا حاجة الى نقصانها بالتق بل لو كانت النقصان بواسطة تلف احدهما من غير ان ينقصا بالتق فالحكم كذلك بل هو الموافق للمسئلة السابقة فان النقصان لو

اما لو غصب احدهما وحده ثم تلف او اتلف احدهما فانه يضمن قيمة التالف مجتمعا خاصة وهي خمسة
ويحتمل ضمان سبعة لانه اتلف احدهما وادخل (فادخل خل) النقص على الباقي بتعديه ويحتمل ثلاثة
لانه قيمة التالف ولو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء. ويجب رد العين المغصوبة ما امت باقية «متن»
استند إلى الشق قبل التالف لكان ضمان النقص حاصلا وان ردتهما **فرع نافع** قد طفت عباراتهم
ان حمار القاضي والشوكي لا يتفاوتان في قطع الذنب وقد قال في التذكرة لو غصب شيئا تتفاوت قيمته
بالنسبة إلى اربابه كما لو غصب حجة انسان بدين او ملك ان الاقرب ضمان التفاوت بالنسبة إلى ربه ان
عصبه منه وان عصبه من غيره لم يضمن بالزيادة بل بما يساوي قيمته بالنسبة إلى ذلك الغير اذ لا ريب ان
قيمة تلك الحجة شيء يسير بالنسبة إلى غير مال كما هو اما بالنسبة إلى مال كما فانها تساوي اكثر وجعل الشأن في الحاتم والعمل
بالنسبة إلى كبير الاصبع او الرجل وغيره كذلك وهو يتأني ما ذكره هو وغيره في حمار القاضي والشوكي لكن قال في
الدروس ان مركوب القاضي كغيره وان صيره ابرو وكذا لو اتلف وتيقه بال او خفا لا يصلح الا لواحد انتهى
(قوله) **اما لو غصب احدهما وحده ثم تلف او اتلف احدهما فانه يضمن قيمة التالف مجتمعا خاصة**
وهي خمسة لان قيمته منضما إلى صاحبه خمسة وقد اذهب به هذه الصفة فيكون ضام الخمسة فكان كالو اتلف
رجل احدهما واخر الاخر فان كل واحد منهما يضمن خمسة وقد نفى عنه الباس في التذكرة وجزم به في
الشرائع والمسالك (والفرق) بين هذه المسئلة حيث احتمل فيها ثلاثة احتمالات و بين التي قبلها مع اشتراكها
في تلف احد الزوجين ونقصان الاخر ان التلف في الاولى تحقق بعد اثبات الغاصب يده على
الزوجين معا فكان كل ما يحدث من نقصان في القيمة او في الصفات مضمونا عليه وهنا لم
يثبت يده على الزوجين معا وانما غصب احدهما والاخر حصل نقصه بسبب التفريق المستند اليه من غير ان
يكون غاصبا لجأ إلى الاحتمالات الثلاثة (قوله) **ويحتمل ضمان سبعة لانه اتلف احدهما وادخل النقص على**
الباقي هذا قواء في الابضاح وجامع المقاصد وفي المسالك انه الاصح وهو الاظهر عند الشافعية وقد نفى
عنه الباس في التذكرة ايضا لانه اتلف احدهما وادخل النقصان على الثاني بتسبيبه وتعديه فاشبهه مالهو حلل
اجزاء الباب او السرير فنقصت قيمته فانه يضمن النقصان ولم يذهب هنا سوى الجزء الصوري فعرفنا
ان الجزء الصوري مضمون والجزء الصوري في زوجي الخف وشبهه قد اتلفه التالف باتلاف احدهما فيكون
ضامنا له كما يضمن الذي اتلفه منهما وقد تقدم ان الضمان يحصل بالتسبيب وان لم يكن هناك غصب وتردد
فيه اي هذا الاحتمال في الشرائع والتحرير (قوله) **ويحتمل ثلاثة لانه قيمة التالف** لان تلفه في
يده لم يكن الا حالة التفريق فاذا اعتبرنا قيمته يوم التلف ضمن الثلاثة لانها قيمة الفرد الذي اتلفه (وفيه)
انه لا منافاة بين الحكم بوجوب القيمة يوم التلف وضمان الزيادة خمسة كانت اوسع لانا نوجب قيمته
يوم التلف بسبب الغصب ان كان قد تلف وان كان اتلفه بمباشرة ونوجب الزيادة بالسببية (او نقول) بالنسبة
إلى الخمسة ان قيمته منضما إلى صاحبه خمسة وقد اتلفه على هذه الصفة كما تقدم (ولا باس) بذكر فرع ذكره
في التذكرة قال لو اخذ احدهما على صورة السرقة وقيمته مع نقصان الثاني نصاب لم يقطع اجماعا لان الزائد
اما ضمنه في ذمته بتفريقه بين الحصتين فكان كما لو ذبح شاة تساوي ربع دينار في الحرز ثم اخرجها وقيمتها
اقل فانه لا يقطع فكذا هنا (قوله) **ولو لم ينقص الثوب بالشق رده بغير شيء** كما في التحرير
والتذكرة ادا لم يفت من المال شيء كما في جامع المقاصد قال لكن جزاء فعله زيادة تعزيره واهاتته ردعا وزجرا
(قوله) **ويجب رد العين مادامت باقية** كل من غصب شيئا وجب عليه رده على المالك سواء طالب
المالك برده ام لا مادامت العين باقية بلا خلاف كما في التذكرة ومراده نفيه بين المسلمين وقد حكى عليه
الاجماع في الدروس والروضة بل في الاخير الاجماع على وجوبه على الفور بل كاد يكون وجوب الرد من ضرورات

فان تعذر دفع الغاصب البديل ويملكه المصوب منه ولا يملك الغاصب العين المصوبة فان عاد اعادت
خل) فلكل منهما الرجوع وهل يحجر على اعادة البدل بوضبه الغاصب اشكال لاعلى رد النماء المفصل
وعلى الغاصب الاجرة ان كان ذا اجرة من حين الغصب الى حين دفع البدل " متن "

الدين وبه طمحت عباراتهم في ابواب الفقه بحيث لا يمكن احصائه بل قالوا انه يجب عليه الرد ولو ادى الى
حراق ملك الغاصب كالمسألة في الباء واللوح في السعينة بل لو ادى الى عرق السفينة والمال الذي فيها ادا كانا
له اي الغاصب وبديل عليه قوله صلى الله عليه واله وسلم على اليدما احدث حتى تؤدى (ويلعل) انه حل الزرع غاصب
ظالم ضامن وهل يكون الرد حراما لانه تصرف في مال الغير فيكون واحدا حراما كما قاله جماعة فحينئذ قدس وطيرة
حيث قالوا بتكليفه بما لا يطاق وفيمن ولد ذكره في فرح مرة ردا لوالاه ١٠٠٠ مورس فرحه وعدمه وانه واجب وحرام
وكذلك قالوا فيمن دخل دار قوم غصبه انه مكلف باخروجه وعدمه وكذلك الشا في تارك المقدمة حتى فاتت والمقدمة
وهو معنى قوله تعالى رنة لا تحملا ما لا زيادة ما به اي لا تحل من انفسه ما وسوء اختيارها حتى يترك محض السم
في تكليفنا ما لا يطاق والا وانه حل شانه لا يكلف بمسا الا وسعها لكن ص المصنف واعني " في اول
المصل الثالث انه فيما يحجر فيه يزول التحريم مكانه وجوب كما يأتي ومما من يختار قبول قوله ان الرد العتري
والمقام محل اشكال (قوله) ❁ وان تعذر دفع الغاصب البديل ويملكه المصوب منه ولا يملك الغاصب
العين المصوبة ❁ قد تقدم الكلام في ذلك ثم من مذهبنا عند قوله ولو ابقى المصنف في احوال التهمة
(قوله) ❁ وان عاد فلكل منهما الرجوع ❁ هذا ايضا قد تقدم الكلام فيه ومعنى قوله ❁ مع اكل منهما
بقريته ما عده ان الله ص بدفعها الى المالك فبرحها وبقيلها ولا يحجر ما في اطلاق الرجوع بدفع الغاصب
والمصادر من العارية ان لكل سبب الرجوع في العين والبديل لكنه عيب لانه سيدرك حكم البديل في اشكال
فيه باعتبار وجوب دفعه لو طلبه الغاصب وهو يباي جرمه هنا بذلك وبعد جمع الخزم والردد في مسئلة
واحدة بغير فاصلة بل يتضح كذا قال في جمع المقاصد (وقد يقال انه انما بين هاهنا وجه للعارض ان
يرحب بالبديل والمالك ان يرجع بالعين ردا على اية حنيمة كما تقدم بيانه فوضع الخزم احوال وموضع التردد
وجوب الدفع على المالك (قوله) ❁ وهل يحجر على اعادة البدل لو طلبه الغاصب اشكال ❁ قد حزم
في مسئلة ابقاء العبد والرد وتعدد في ان الغاصب حبس العين الى ان يرد البدل وهذا اشكال في احوال
المالك على اعادة البدل من ثبوت ملكه والاصل فقائه (واستدل) ولده ايضا انه لو كان بحيث يحجر على رده
لكان نقصا في البدلية اذ قد لا يرغب المعاملون فيه وبان الاحار يباي البدلية اذ لا يملك عليه الملك
لا يصلح ان يكون بدلا فربما شرعا استقر عليه الملك ومن انه الحيولة وقد زالت وفي جميع المقاصد لا وحه
لعدم الرد اصلا (قلت) لان هذا الملك ثبت منزلا كما يبناء فيما سلف لدفع المظلمة على طريق القهر لمكان
الحيولة وقد زالت (وان قلنا) انه ثبت على جهة البدلية وما كان ليكون لانه قد سمعت بما سلف ان يرجع
الاحلاء الكار بانه لمكان الحيولة وان الظاهر منهم الاجماع (قلنا) اذا استحق المالك ملكه وحده عود مال
الغاصب اليه لامتناع زوال البدلية وعدم رجوع كل من البدل وابديل الى مالكه واذا لم يكن ثبوته على
جهة البدلية سقط دليلا الايضاح على انه فيما كتب على حاشيته انه ان خرج عن ملك المصوب منه لم يعد
اجرا فلا مانع حينئذ من رغبة المعاملين فيه وهذا وظاهر المصنف وولده انه لا يحجر على البدل ولا على عرامة
مثله او قيمته وقد يكون مرادهما انه لا يحجر على رد عينه فقط فليشتمل فيه (قوله) ❁ لاعلى رد النماء
المنفصل ❁ كما صرح به كل من تعرض له كما تقدم ووجه ظاهر لانه نماء ملك المالك لانه في وقت النماء كان
مالكا للعين بخلاف المتصل فيجب رده مع العين من دون اخذ قيمته لانه جزء من العين (قوله) ❁ وعلى
الغاصب الاجرة ان كان ذا اجرة من حين الغصب الى دفع البدل ❁ قد تقدم الكلام فيه مسبقا محررا

والنماء المنفصل فيما بينهما للمالك وكذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال وكذا المتصل والمنفصل على اتسكال اذا تجدد بعد دفع البدل ويضمن الاجرة وان لم ينتفع باجرة المثل عن عمل مطلق مدة الغصب ولو انتفع بالازيد ضمن الازيد وان انتفع بالانقص ضمن اجرة المطلق ولو جنى العبد المقتصوب فقتل قصاصا فعلى الغاصب اعلا القيم « متن »

في اخر اذ كن الثاني (قوله) والنماء المنفصل فيما بينهما للمالك اي بين الغصب وبين دفع البدل وهو مما لا ريب فيه (قوله) وكذا المتصل فيضمنه الغاصب لو زال لا ريب فيه ايضا لانه نماء ملك المالك كما في ح مع المقادير (قوله) وكذا المتصل والمنفصل على اشكال اذا تجدد بعد دفع البدل يتأمن انه لم يدخل تحت يده التي هي سبب التمسك لانه قد تجدد بعد دفع القيمة وبزائته من العبد فالولى بان يرأ من النماء ومن انه سبب تلفه للمالك وانه لو كان في يد الغاصب لضمنه وكما يضمنه الغاصب باليد يضمنه اذا خرج المقتصوب من يده لا الى المالك او من يقوم مقامه وان الدفع انما كان للحيولة وهو لا يقتضي البراءة والاصح استحقاق الرجوع به ايضا الى الغاصب استحبابا لما كان الى ان يعلم المزيل كما في جامع المقاصد ولا ترجيح في الابضاح ولعله لانه يرى كما هو الظاهر منه ان الدفع ليس للحيولة كما مر ولا ترجيح ايضا في التذكرة كما تقدم الكلام فيه عند التعرض للاجرة بعد الدفع (قوله) ويضمن الاجرة وان لم ينتفع باجرة المثل هذا قد تقدم الكلام فيه عند قوله والمنافع المباحة مضمونة وانه مجمع عليه ولا خلاف فيه والجار متعلق بضمن (وليعلم) انه لو كانت الاجرة في مدة الغصب متفاوتة كأن كانت اجرة مثله حاد الغصب تساوي عشرة مدة شهر ثم حارث في شهر اخر تساوي خمسة عشر وفي الثالث عشرين ضمن اجرة الشهر الاول عشرة والثاني خمسة عشر والثالث عشرين (واحتمل) ان يضمن في كل وقت من اوقات المدة باجرة مثلها في اول المدة فان كانت في الاول اقل ضمنها بالاقل وان كانت فيه اكثر ضمنها بالاكثر لانه لو كان المال في يده لا يمكن ان يكره بهما في جميع المدة والمعتد الاول كما في التذكرة (قوله) عن عمل مطلق مدة الغصب يريد انه يضمن اجرة المثل عن عمل متوسط بين القلة والكثرة فعنى المطلق المتوسط الذي لا يكون مقيدا بقيد القلة والكثرة وفي جامع المقاصد ان في فهم المتوسط من المطلق خفاء الا ان ماسيد كره في العبارة يرشد الى ذلك (قلت) قد عبر في الدروس عن القيمة المتوسطة بالمطلقة (ووجه) ضمانه ما عرفته فيما سلف من ان المتوسط هو الغالب فان ادعأب الاجير نفسه فوق المعتاد نادر كما ان الرضا بالتراخي ايضا نادر وقد تقدم ايضا (وجه الفرق) بين المنافع والعمل حيث وجب في الاولى اعلاها كما تقدم ايضا وفي العمل اجرة الاوسط من انه لا اولوية بالنسبة الى المنافع للقادر عليها فان كلا منهما ممكن منه على حد سواء بخلاف العمل فان في مراتبه تفاوتا وبه صرح في جامع المقاصد (قوله) ولو انتفع بالازيد ضمن الازيد وان انتفع بالانقص ضمن اجرة المطلق كما في جامع المقاصد وقال في الدروس ولو استعمله بما له اجرة زائدة عن اجرة المثل المطلقة لزمه الزائد ولم يتعرض لما اذا انتفع بالانقص ولعله يفهم من كلامه (ووجه) ضمانه اجرة المطلق حينئذ ان الزائد على الانقص قد فات وهو محسوب على الغاصب (والوجه) في الاول ظاهر لانه قد استوفى الازيد فيجب بدله (قوله) ولو جنى العبد المقتصوب فقتل قصاصا فعلى الغاصب اعلا القيم كونه مضمونا على الغاصب بالقيمة مما لا ريب فيه وبه صرح في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك وجمع البرهان (واما) كون القيمة المضمونة اعلا القيم اوقية يوم التلف فكلام اخر وكل بيني على ما يختار فالمصنف بنى على وجوب اعلا القيم (ووجه) ضمانه على الغاصب سواء فرط فيه ام لا انه مضمون عليه في حال الجنابة بمجملته وايضا فيه فيضمن ما يحدث عليه بسببها

ولوجنى على الطرف فاقص منه ضمن الفاصب الارش وهو ما ينقص من العبد بذلك دون ارش اليد لانها ذهبت بسبب غير مضمون ويحتمل ارش اليد واكثر الامرين وكذا لو اقتص منه بعد رده الى السيد وكذا لو ارتد في يد الفاصب قتل في يد المالك فانه يضمن القيمة ولو غصبه مرتدا او سارقا قتل او قطع في يده ففي الضمان على الفاصب نظر « متن »

(قوله) ❁ ولوجنى على الطرف فاقص منه ضمن الفاصب الارش وهو ما ينقص من العبد بذلك دون ارش اليد لانها ذهبت بسبب غير مضمون ❁ كما صرح بذلك كله في التذكرة وانحرير وهو معنى قوله في موضع اخر من التذكرة غرم بدله كما لو سقط باقة وقوله في الدروس على الفاصب ضمان الفاتئ بالحياة ولم يذكر في التذكرة في ذلك احتمالا ولا خلافا حتى من العامة وفي الشرائع الاقتصار على ذكر ضمان الارش والظاهر ارادة ارش ما ينقص من العبد لانه المتبادر فتدبر (والوجه) في ضمانه ما ينقص من قيمة العبد قليلا او كثيرا وانه لا يتحتم ضمان ارش اليد ولا اكثر الامرين ان قطعها بحق وجب شرعا وهو القصاص فلا تضمن كما لو سقطت باقة سماوية لكن الفاصب يضمن نقص المالية باليد زاد عن مقدار الطرف او نقص وضعفه في جامع المقاصد بان الجناية في يده فهي مضمونة عليه ولا منافاة في ضمان الفاصب لما يستحقه المجني عليه بسبب الجناية لانه قد تلف ملكه في يده لا يفتق سبق عليه (قوله) ❁ ويحتمل ارش اليد ❁ لانه المقدّر وهو مضمون لان يد الفاصب في الضمان كالجناية باليد (قوله) ❁ اكثر الامرين ❁ اي من نقصان القيمة والارش هذا هو الاصح كما في الايضاح وجامع المقاصد لان المقدّر ان كان اكثر فلا بحث وان كان الارش اكثر فلانه مال حصل في يد الفاصب بنقص شيء من العين فيكون مضمونا عليه كسائر الاموال كما تقدم في اول الباب (ويؤيده) ان فيه اعمالا للدليلين اعني النص على وجوب المقدّر وضمان الفاصب لما يذهب من المالية في يده اذ لا فرق بين جنايته والجناية في يده كما في جامع المقاصد (قال) والعجب ان المصنف اسلف فيما تقدم وجوب اكثر الامرين وخالف هنا والفرق غير ظاهر (قلت) هذا يرد على الشرائع والتحريرو والتذكرة والدروس وقد يمكن الفرق بان ما نحن فيه لا تقصيره فيه من حيث الجناية فالثان فيه كما لو سقطت باقة من الله سبحانه وتعالى (قوله) ❁ وكذا لو اقتص منه بعد رده الى السيد ❁ ابي تجزي فيه الاحتمالات السابقة اذ لا فرق بين استيفاء حق الجناية منه بعد رده وقبله اذا كان السبب حاصلًا وقت النصب (قوله) ❁ وكذا لو ارتد في يد الفاصب قتل في يد المالك فانه يضمن القيمة ❁ لما عرفت من حصول السبب في يده ووجوده كوجود السبب ولا تجزي فيه الاحتمالات السابقة لعدم جريانها وقوله فانه يضمن القيمة يقتضي ان لا يكون التشبيه في ذلك الحكم بل في اصل استحقاق المالك تضمين الفاصب من غير تمهين المقدّر (قوله) ❁ ولو غصبه مرتدا او سارقا قتل او قطع في يده ففي الضمان على الفاصب نظر ❁ قال في التذكرة الوجه انه يضمن قيمة عبد مستحق للقتل او القطع وفي جامع المقاصد انه التحقيق والاصح وفي المسالك انه الاقوى (قلت) لعل الاشبه بالاصول والنظائر والاعتبار عدم الضمان في المرتد كما سنعلم (ووجه) النظر في كلام المصنف ينشأ من وجود السبب فكان كوجود السبب وانه لا يضمن بالجناية فلا يضمن باليد وان ازاله ملك المالك لا تضمن بالقتل فالولى ان لا تضمن ازاله يده ومن انه تجدد في يد الفاصب وليس من لوازم الاستحقاق في يد السيد الوقوع فاذا تجدد في يد الفاصب التي قد حكنا بانها يد ضمان وجب ان يكون مضمونا (وقال) في الايضاح والتحقيق ان الردة لو كانت عن فطرة لم يضمنه الفاصب لانه في حكم الميت وان كان عن غير فطرة لم يخرج عن ملكه قبل القتل وسببه الردة وهي من باب الاعتقاد وقد اختلف المتكلمون في بقائه فمن منع منه يكون قد تجدد القتل وسببه في ملكه فيضمنه لان الاعتقاد الحاصل في يد السيد عدم ولم يقتل به

فان منعناه ضمن النقص الزائد على المقدّر لو حصل زائد عليه وكذا الاشكال لو انعكس ولو ارتد
في يده ثم مات في يد المالك من غير قتل ضمن الارش خاصة « متن »

وهذا الان موجود وهو صالح للعلية ومن قال ببقائه فالاشكال كما تقدم انتهى (وفي جامع المقاصد) ان الظاهر
انه لا فرق بين الردة الفطرية وغيرها لانه لا يخرج بها عن كونه مملوكا ولجواز بيعه حينئذ ومن الجائز
ان لا يظفر به السلطان فيسلم من القتل (قلت) لعله بناء على ما يختاره والده في باب القصاص من انه يحل قتله
لكل سامع مع الامن وانه ليس من وظائف السلطان لكنه انما يتأتى في الردة بالسبب وقد كنا رجحنا في
باب المكاسب والعيوب والمواريث والحدود ان المرتد الفطري خارج عن المالية خصوصا اذا كان الارتداد
بالسبب نعم بناء الحكم على ان الاعتقاد باق اذ لا غير ظاهر لان ثبوت القتل قد سبق بصور الاعتقاد
الفاسد ولم نظفر بما يزيله والاعتقاد المتجدد بناء على عدم بقائه ليس هو السبب بالقتل بل السبب ما مضى فلم
يتم ما ذكره كما في جامع المقاصد (قوله) « فان منعناه ضمن النقص الزائد على المقدّر لو حصل زائد
عليه » اي ان معنا ضمان الغاصب بان قلنا انه لا يضمن القيمة في المرتد ولا المقدّر في الطرف في السارق
فانما لا يمنع ضمانه النقص الزائد عن المقدّر كان كان الناقص من القيمة ازيد من المقدّر في الطرف ومن دية
الحر في النفس كما فهمه ولده والمحقق الثاني وقصره ابن اخته والشهيد على القطع في السرقة لان اطلاق المقدّر
على دية الحر خلاف الظاهر وان كان يتأتى في الارتداد كان تكون قيمته التي دبتار فان الغاصب على مختار
المصنف يضمن الفا (واستدل) على ذلك في الايضاح وعلى ضمانه المنافع بانه استقر ملك المالك على ذلك في علم
الله سبحانه ويد الغاصب عادية وقال انه الحق ومعناه ان المستحق للقاطع هو ما قابل مقدار اليد وهو نصف
قيمه كان كانت قيمته مائة وما نقص من القيمة فوق ذلك حتى صار يساوي عشرين مثلا يؤخذ من الغاصب
وهو ثلثون لكن فيه ان مواخفة الغاصب بالزيادة فرع كون متعلق الاصل مضمونا في الجملة كما لو جنى عليه
الاجنبي في يد الغاصب اما مع عدم الضمان فلا وجه لتضمن شيء اصلا كما في جامع المقاصد قال فلو منعنا
الضمان لم يجب شيء اصلا وما ذكرناه في بيان معنى دليل الايضاح يعرف حال ما استدلل به في جامع المقاصد
(قوله) « وكذا الاشكال لو انعكس » اي ارتد او سرق في يد الغاصب فقتل او قطع في يد المالك
ففتنا الاشكال هنا عكس منتأ الاشكال هناك في بعض وجوهه وقال في الايضاح ان قلنا ثمة بعدم ضمانه
قلنا هنا بضمانه وان قلنا ثمة بضمانه قلنا هنا بعدم ضمان القيمة لكن يضمن الارش بين كونه مستحقا
وغيره انتهى (ووجهه) ان المفروض ان تلفه في يد المالك غير مضمون على الغاصب فلا يكون عليه سوى ارش
نقصه لان وصول العين الى المالك موجب لبرائته منها كما يأتي فيما اذا ارتد في يده ومات في يد المالك (وهذا)
رجوع من المصنف عن جزئه السابق في قوله وكذا لو اقتصر منه بعد رده الى السيد وكذا لو ارتد في يد
الغاصب فقتل في يد المالك فانه يضمن القيمة وقد يحمل العكس على زيادة المقدّر على نقص القيمة وهو غلط
فاحش كما في جامع المقاصد فانه لا اشكال في ان ما قابل المقدّر غير مضمون على تقدير عدم تضمين الغاصب
ما حث في يد السيد فاذا لم يكن النقص بقدر المقدّر لم يعقل ضمان اصلا لان ذلك المقدّر مستحق في يد السيد
(وكيف كان) فالاصح الضمان كما في جامع المقاصد لان سبب التل والقطع في يد الغاصب وهو مضمون عليه
فهو بمنزلة الجناية التي تسري في يد المالك (قوله) « ولو ارتد في يده ثم مات في يد المالك من غير قتل ضمن
الارش خاصة » كما في جامع المقاصد (ووجهه) بان القيمة قد نقصت بالارتداد لانه قد صار عرضة
لقتل ولان تلفه هذا لم يكن مسببا عما حدث في يد الغاصب فلا يكون عليه سوى ارش نقصه لان ادا العين
الى المالك موجب لبرائته منها وتضمنه ما يتجدد بسبب ما حدث في يده موقوف على تجدد وهو متوقف مع
الموت انتهى وهو يتم في المولى واما الفطري فيضمن قيمته تامة على المختار قال وليس يبعد الحاق ما لو مرض

وكذا لو اشترى مردا او سارقا قتل او قطع في يد المشتري ففي كونه من ضمان البائع نظر ولو غلب ابولي الدية في النفس او المجهني عليه في الطرف لزم الفاضل اقل الامرين من قيمته ودية الجناية « متن »

[illegible]

فان زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته تدفع الى السيد فاذا اخذها تعلق بها ارش الجناية فاذا اخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمة اخرى لاستحقاق المدفوعة اولا بسبب في يده فضمنها ولو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ثم قتله المودع فعليه قيمته ويتعلق بها ارش الجناية فاذا اخذها الولي لم تجب قيمة اخرى على المستودع لانه جنى وهو غير مضمون عليه ولو جنى في يد سيده بالمستوعب ثم غصب فجنى اخرى بالمستوعب ولم يحكم به للاول بيع فيهما ويرجع المالك على الغاصب بما اخذه الثاني منهما لان الجناية وقعت في يده وكان للجاني عليه اولا ان ياخذهُ دون الثاني لان الذي ياخذهُ المالك من الغاصب هو عوض ما اخذه المجني عليه ثانيا فلا يتعلق به حقه « متن »

فاذا رضي المجني عليه او وليه بالمال مع قدرة الغاصب عليه يكون مقدمة لوجوب رده الى مالكه كما يجب عليه مؤنة رده وان زادت على قيمته في غير الجناية فكذا فيها لاشتراكهما في المقضي وهو قوي جدا اذا لم يكن اجماف ولا ضرر عظيم لكن لا قائل به وانما احتمله المحقق الثاني وكأنه مال اليه الشهيد الثاني اوهو متوقف (قوله)

فان زادت جناية العبد على قيمته ثم مات فعلى الغاصب قيمته تدفع الى السيد فاذا اخذها تعلق بها ارش الجناية فاذا اخذها الولي من السيد فللسيد الرجوع على الغاصب بقيمة اخرى لاستحقاق المدفوعة اولا بسبب في يده فضمنها كما نص على ذلك كله في التحرير وكذا جامع المقاصد وهو خلاصة ما في التذكرة والمسالك (ومعنى) زادت استوعبت اذ لافرق بين ان تساوي او تزيد في الرجوع بقيمة اخرى (واما) اذا انتقصت فانه لا يرجع الا بالنقصان خاصة كما سسمع (قال) في التذكرة اذا ثبت ان الجاني والجناية مضمونان على الغاصب فلا يخلو اما ان يتلف العبد في يد الغاصب او يرد فان تلف في يده فللمالك مطالبته باقصى القيم فاذا اخذها فللمجني عليه ان يقوم الغاصب وان يتعلق بالقيمة التي اخذها المالك لان حقه كان متعلقا بالرقبة فيتعلق بيدها كالعين المرهونة اذا اتلفها متلف فان المرتهن يثبوت بيدها (ثم) انه احتمل اختصاص المالك بما اخذها والمجني عليه بطالب الغاصب كما ان المجني عليه لو اخذ ارش الجناية لم يكن للمالك التعلق به فهما كرجلين لكل واحد منهما دين على ثالث ونفى عنه الباس وقال لكن المشهور عند الشافعية الاول فعلى القول الاول لو اخذ المجني عليه حقه من تارك القيمة رجع المالك بما اخذه على الغاصب لانه لم يسلم له بل اخذ منه بجناية مضمونة على الغاصب (ثم) الذي ياخذهُ المجني عليه قد يكون كل القيمة كأن كان الارش بقدرها وقد يكون بعضها بان كانت القيمة مثلا الف والارش خمسمائة فاذا اخذ المجني عليه الارش رجع المالك به خاصة ان الباقي قد سلم له وكذا لو كان العبد يساوي الف فرجع بالنقصان السوق الى خمسة مائة ثم مات عند الغاصب واوجبا للمالك اقصى القيم فليس للمجني عليه الا خمسمائة وان كان ارش الجناية الف ليس عليه الا قدر قيمته يوم الجناية واما اذا رده الى المالك فلا يخلو اما ان يردّه بعده اعزم للمجني عليه او قبله فان رده بعد العزم بري وان رده قبله فتبج اي الولي او المجني عليه العبد في الجناية رجع المالك على الغاصب بما اخذ منه لان الجناية حصلت حين كان العبد مضمونا عليه (قوله) لو كان العبد وديعة فجنى بالمستغرق ثم قتله المودع فعليه قيمته يتعلق بها ارش الجناية فاذا اخذها الولي لم تجب قيمة اخرى على المستودع لانه جنى وهو غير مضمون عليه كما في التذكرة وتحرير وجامع المقاصد لانه حين جنايته كان وديعة وجنايته محسوبة على المالك لان المفروض عدم الترتيب من المستودع فالواجب عليه انما هو عوض قتله واطلاق اخذ الولي لها في الكتب الثلاثة يتناول ما اذا اخذها من يد المولى وما اذا اخذها من يد المستودع وقد سمي القلم في جامع المقاصد ثابت الغاصب مكان المستودع في ثلاث نسخ (قوله) ولو جنى في يد سيده بالمستوعب ثم غصب فجنى اخرى بالمستوعب ولم يحكم به للاول بيع فيها ويرجع المالك على الغاصب بما اخذه الثاني منهما لان الجناية وقعت في يده وكان للمجني عليه اولا ان ياخذهُ دون الثاني لان الذي ياخذهُ المالك من الغاصب هو عوض ما اخذه المجني عليه ثانيا فلا يتعلق به حقه كما صرح

فان مات في يد العاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على العاصب بنصف القيمة
و يكون للمجني عليه اولا ان يأخذه « متن »

بذلك كله في التذكرة والتحريرو جامع المقاصد وهو محل نظر ومنع (و بيان) الحال في ذلك كله ان يقال اذا كان لرجل عبد
فجنى كى حرا وعبد جنابة تستوعب قيمته عمدا اوحطاً ثم انه عصب مجنى اخرى كذلك في يد العاصب فاذا استرقه المجني عليه
او وليه او سيده حيث لم يرد المصاص في العمد ولم يفكه المولى في اخطأ فانه يصير ملكه ولا يحتاج الى حكم الحاكم كما لعله
يفهم من عبارة الكتاب كما هو خيرة ظاهر الاستبصار وحينئذ فمجرد جنابته الثانية عمدا يصير امره للمجني عليه تانيا ان
شاء استرقه وان شاء اقتص وان شاء عني ان كانت حطاء فان افكه المجني عليه او لا فذاك والا فالمجني عليه تانيا مخير بين
استرقاقه وبين بيعه واخذ قيمته والعفو فان لم يكن المجني عليه اولا او اوليائه اختاروا شيئا من ذلك حتى جنى الجنابة
الثانية تسارك المجني عليهما او اوليائهما فيه لا شترأ كه في الاستغناق وعدة الانتقال بمجرى الجنابة الاولى في الممد كما هو
المعروف المشهور والمخالف اما هو الشيخ في النهاية قال يحبس به الثاني استنادا الى ظاهر حديث من عصى وهو يبيع قبوله
كعبارة النهاية للتاويل معارض بصحيح زرارة الذي هو سنة المشهور من اختيار ائمة كنه كان يبيع ما عصى ولا يبيع ما عصى
هو ظاهر العبارة وغيره انما يحبس به و يبيع به وقسم قيمته بينهما ويرجع المالك الى العاصب بما احده الثاني منهما
لان الجنابة الثانية وقعت في يد العاصب فضماتها الى العاصب بحمل الاول ولو لم يقعها في يد العاصب فليجنى عليه الاول ان
ياخذه اي يأخذ ما يرجع به المالك الى العاصب وهو ما احده المجني عليه الثاني وليس له ان يأخذه (اما الاول) لان حق
المجني عليه اولا قد تعلق بقيمة العبد كلها لان المروص ان اخذ به مستوعبه وقد وجد باقي القيمة فيتعلق به حقه كما دله في
جامع المقاصد (واما الثاني) فقد اسدل عليه في التذكرة ثالثة وهو الاول) ان حتى الاول قد تعلق جميع الرقة وحق
الثاني تعلق بالنصف (الثاني ان الذي يأخذه من العاصب انما هو عوض ما احده المجني عليه تانيا فلا يتعلق به حقه
مرتين والنصف الاخر من القيمة قد فات تعلق حق المجني عليه اولا وهذا هو الذي اعتمد عليه في اوفي
التحريرو جامع المقاصد (الثالث ان سب وجوب هذا النصف انما هو العصب فانه بالعصب ضم ما يتبعه الممد
والعصب مقدم الى استنابة الثانية فلا يأخذ المجني عليه الثاني مما وجد من كماله حتى العبد على رحل ثم
قطعت يده ثم حتى على اخر من ارش اليد لا يأخذ منه المجني عليه الثاني شيئا لوجوبه بالقطع المتقدم الجنابة
ومحتمل نقول (اما الواحد) الاول فرج كونه لا له اصلا مداتحق احسانا الى ماله لانه قد ثبت انهم
على قولين واليه يرجع اثباتي بالاخيرة بل هو مصيبة استدلال المحقق الثاني بالثاني الاول كما سمعت (اول ايضا
ان الحاية الداسة كونها مضحومة في حكمة تسمية ياتني تعلق حقه بقيمته جميع (سئلنا) لكننا نقول ان ما ذكر
في توجيهه من تحريجات العامة والمجني عليه ما احده ما احده سلك الجنابة عليه كما لو احده املكه من
دون بيع والذي اخذه المالك من العاصب قيمته اخرى لا يصدق كما تقدم مثله ما كان مكان وقوع الحاية
منه في يده فها امران غير ان ليس احده حوصا من نفس الاخر وماذا يقولون لو جنى عليها وهو معصوب
ايغرد المالك بالقيمة الثانية ويذهب نصفه اسلمه باضلاع وهو قد تعلق بقيمته العبد وما نال من
اطلاقات احبارا الجارية مجرى العموم في احسن فتاوى اصحابنا لا بد من استنباطه وليس ذلك من الامور النادرة
عند التأمل (سئلنا) لكن ذلك ان بعدد في اخلاق الاحبار دون الفتاوى (واما الثالث) فاول شي لانه لا
يجب على العاصب قبل جناية العبد شي وقد سمرار معنى من العاصب والمجني اذا شرط عليه او
كانت العارية من احد التقدير فكن قياسه على ما ذكر قياسا مع اتفاق وهو ايضا من تحريجات العامة
(وليعلم) ان ظاهر العبارة انه يجب على المالك الرجوع الى العاصب ويحتمل العمد وان للمجني عليه اولا الرجوع
ويحتمل العمد (قوله) « ومن مات في يد العاصب فعليه قيمته تقسم بينهما ويرجع المالك على العاصب
بنصف القيمة و يكون للمجني عليه اولا ان يأخذه » في التذكرة والتحريرو جامع المقاصد وقال سب

ولو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالأجنبي على اشكال ولو خصى العبد فعليه كمال القيمة (ورده) على رأي فان سقط ذلك المضبوطة فلا شيء لانه تريد به قيمته « متن »

التذكرة ايضا وقيل ان المجني عليه الاول بطالب الغاصب بشام القيمة والمجني عليه الثاني يطالبه بنصف القيمة وان المالك لا يأخذ شيئاً ونفى عنه الناس (والوجه) في الاحكام الثلاثة يعلم ما تقدم ولو وهب المجني عليه ثانياً ما اوجبه الجناية للمالك فالرجوع بالنصف بحاله على الظاهر كما في جامع المقاصد قال ولو وهبه للغاصب فليس يبعد سقوط الرجوع به (قوله) ﴿فلو جنى على سيده فالضمان على الغاصب كالأجنبي﴾ كما في التذكرة والتحريم وجامع المقاصد اذا كانت الجناية عمداً لانه مضمون عليه فيضمن كل نقص دخل عليه في يده وجنابته على السيد موجبة لاستحقاق الاقتصاص فكان السيد والأجنبي في ذلك سواء (واما) اذا كانت خطأ او شبه عمداً فلا شيء للسيد على الغاصب لان الواجب فيهما المال ولا يثبت للسيد على ماله مال وثبوته على الغاصب فرع ثبوته على العبد كما تقدم مثله في الخطأ في الرهن وفي الايضاح وجامع المقاصد انه يضمن نقص القيمة في الخطأ اذا حصل وفسره في الاخير بما اذا تضمنت حناية استطلاعه على السيد وقلة الرغبة فيه ومرادها كما صرح به في الاخير انه لا يضمن ارش الجناية وهذا العيب يجري أيضاً في العمدة فيمن الغاصب ارشه خارجاً عن ارش الجناية لاختلافهما وان جنى على طرف سيده فاقص منه السيد ضمن الغاصب اكثر الامرين كما في الايضاح وجامع المقاصد كما مر مراراً وفي التذكرة انه يضمن ارش المضبوطات وفيها وفي الايضاح وجامع المقاصد انه ان عفى على مال ثبت المال على العبد وفداء الغاصب بالمال الامرين من ارش الجناية وقيمة العبد كالأجنبي (ووجهه) ان المال ليس بثابت هنا اصلاً من اول الامر ليمتنع ثبوته على العبد لاستلزامه وجوب مال للسيد على عبده وانما هو عوض عن حناية ثابتة مستحقة على العبد مضمونة على الغاصب فلا يمتنع تبوت عوضها لان الخيار في ذلك للمجني عليه (وفيه نظر) واضح لانه قد يقال انه لا يعقل ان يثبت له على ماله مال لا بالاصالة ولا بالتبع (قوله) ﴿على اشكال﴾ ينشأ مما مر ومن ان المالك هو المباشر للاتلاف لانه اذا سلم للمولى فقد مكنا منه غاية التمكين ولا بصر اقتصاصه بعد ذلك لكون ذلك باختياره ومباشرته بخلاف ما اذا كانت على الأجنبي فان الجناية عليه تفضي بزوال المالك او تفضي اليه فاذا سلم العبد للمالك حينئذ لم يكن تسليماً تاماً وفي جامع المقاصد انه ليس بشيء لثبوت الاقتصاص الذي تركه موجب للضرر على السيد او الوارث بسبب حدث في يد الغاصب وهو منقص للمالية فيستحق الرجوع به وسرى الاشكال في الايضاح الى اخطأ قال وفي اخطأ ينشأ من ان الغاصب ضامن ومن انه محتمل لما تعلق برقبته بسبب جنابته لانه عصب رغبة بريئة فيجب ان يردده كذلك فيضمن ما تعلق برقبته ولا يثبت للمولى حق في رغبة العبد من الجناية والوجه الاول لوجه له لان الغاصب اما يضمن ما ثبت على العبد واما المالك فلا (قوله) ﴿ولو خصى العبد فعليه كمال القيمة على رأي﴾ ورده كما هو خيرة البسوط في موضع منه والسرائر والذرائع والتذكرة والتحريم والايضاح وجامع المقاصد والمسالك والكفاية وفي الاخير انه المشهور لانه جنى جنابة لها مقدر هو القيمة ولا يتوقف الاستحقاق على دفع العبد بخلاف الجاني لمكان النص فيه قال في موضع اخر من المبسوط له اخذ القيمة بعد ان يسلمه او يسير مجاناً لئلا يجمع بين العوض والمعوض (وفيه) انه عوض الفائت على انه مكلف باسحق الاحمال وفي بعض النسخ فعليه كمال القيمة ورده على رأي وهو احوب لان اخلاف اما هو في الامرين معاً (قوله) ﴿فان سقط ذلك المضبوطة فلا شيء﴾ لانه تريد به قيمته كما في التحريم لانه لا نقص فلا ضمان والا قرب وجوب القيمة كما في التذكرة وفي الايضاح انه اولى به وفي جامع المقاصد انه اصح لانه يضمن بالتلف تحت اليد العادية كما يضمن بالجناية لان العبد واجزائه وصفاته ومنافعه مضمونة عليه وللمضو الغالف هناك مقدر فيضمنه فيجب عليه ان يدفع

على اشكال وكذا لو نقص السمن المفرط ولم تنقص القيمة وكذا الاصع الزائدة ولو مثل به لم
ينعتق على راي ولو ساوى بعد النصب الضعف لزادة السوق وتقطع يده فعادت الاولى رد العبد
ومساويه لو نقص الرائد ونصف الاصل واوجباً الاكثر لزمه المجموع والا الزائد « متن »
كمال القيمة و يرد و ياتي في السمن المفرط له نفع تافه في المقام وفي جامع المقاصد ان الصغير في انه لثان وبه
انه لا حاجة الى ذلك بل هو راجع الى الصد والتعير في راجع الى السقوط فيصير التقدير ان العبد ريد
قيمته بالسقوط (قوله) ﴿ الى اشكال ﴾ قد عرفت مشأ وجهه مما تقدم في حجة كل من القولين (قوله)
﴿ وكذا لو نقص السمن المفرط ولم تنقص القيمة ﴾ اي لا شيء فيه كما في المسوط والتذكرة وجامع
المقاصد والمساك وفي الاخير انه لا اشكال فيه لان السمن ليس له بدل مقدر ولا نقص في العين بوجوب نقص
القيمة فهو من قبل ما لا قيمة له بخلاف الاثني فان فيها مقدراً وهذا يتحقق في سمن نحو العبد والخاربه
وما لم يقصد منه اللحد من سمنه اذا فرط و عاود احد رما نقصت قيمته ولا ينجيها الاشكال السابق (وبقى)
الكلام فيما اذا نقص السمن العير المفرط من دون اذية ولا الم ولم تنقص به القيمة والطاهر انه يصح
ارشه لانه حر ذهب من المعصوب يكون معصوباً ويعتبر بعد متى ذهب منه مثل ذلك السمن نقصت
قيمته كما قاله في المسوط فيما اذا حقق حبه الامة فلم تست من دون نصب فرادت قيمتها فانه يعتبرها
بعد متى رالت لحيته نقصت قيمته واتب ابو العباس والتهد الثاني في الروضة فيها اي حبة الامة الحكومة
واما طاهر ابو العباس سطر الحاكم كما يبادلك في باب الديارات انصفها لم يوجب فيها ولا في شعر مانتها الا
الحرير (وكيف كان) فاعلم هنا لا يختلفون في ضرب السمن العير المفرط وان تنقص به القيمة لانه حر ذهب
من المعصوب (قوله) ﴿ وكذا الاصع الزائدة ﴾ اي لو نقصت ولم تنقص بها القيمة لا شيء فيها وليس
بصحيح بل الصحيح ان به الصالح كما في الشرائع والتذكرة والمساك والكفاية وفي الاخير ان المشهور لان
لها مقدراً وهو ثلث اذية الاصلية كما اطلقوا عليه في باب القصاص ودلت عليه الاحبار وفي جامع المقاصد ان
الاصح وليس بحيد بل هو الصحيح (قوله) ﴿ وومثل به » ينعتق على راي » وافق للسرائر والتحرير
والتذكرة وجامع المقاصد والمساك والكفاية لان تحرير التمثيل علي خلاف الاصل يقتصر فيه على مورد
النص وحيرة الخلاف والمسوط والقاضي في حجة والابصاح انه يعتق عليه (وقد استدل) عليه في الاول باجماع
الفرقة واحارم وعلله ارباب الاخبار مارواه في التهذيب مرسل عن ابي عبد الله عليه السلام قال كل عده ثلث به موهو حر
ولا يعارصه ماور به تشكيل السيد محصوه وحمل مسد الخلاف في الابصاح ان العتق هو لعدده قبل العبد
الملكية حينئذ او لعدده قبول الممثل الملكية او ستوة ثم قال والاول اولى وفي جامع المقاصد عاين
القولان على ان الاستناق تمثيل المولى لحر حال العبد او لعقوبة المولى على الاول يعتق هنا وعلى الثاني لا
وقال انه باه صعب ورجوع في الحكم الى حيلة (قلت) هذا يحكي عن المصنف في بعض فوائده و يرد به ايضاً
ان النص غير معتل والملة المستسطة ساقطة وتردد المحقق في اشرائع وهم حاصر الدروس واما اذا قصد او
عمي فانه ينعتق ويصح العاصب (قوله) ﴿ ولو ساوى بعد النصب الضعف لزادة السوق وتقطع يده فعادت
الاولى رد العبد ومساويه ﴾ كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد (ومناه) انه قبل العصب كان يداوي
القام زادت قيمته بعد النصب مساو العير ثم قطع العاصب يده فنقص القام لرمه رد الصد نصف قيمته
وهو الف وهي قدر قيمته الاولى لان زيادة السوق معصومة مع تلف العين و بد الصد قد قدر لها الشارح
نصف القيمة (قوله) ﴿ ولو نقص الزائد ونصف الاصل واوجباً الاكثر لزمه المجموع والا الزائد ﴾
اي لو نقص بالقطع من قيمة العبد في القرض المذكور المذكور الف وخمسة مائة عصار يساوي خمسمائة فان اوجبنا لحي
الغاصب في الجناية على المعصوب اكثر الامرين من المقدر والارض لزمه الالف والخمسمائة كما هو حيرة التذكرة
والتحرير وجامع المقاصد وان اوجبنا المقدر حصة وهو نصف القيمة لزمه الزائد فقط وهو الالف كما صرح

وان نقص الربع فان اوجبت الارش لزمه الربع والا لصف ولو غصب عبدا فقطع اخر يده تخير فيضمن الجاني النصف خاصة ولا يرجع على احد والفاصل الزائد ان نقص اكثر من النصف ولا يرجع على احد ولو لم يحصل زيادة استقر الضمان على الجاني ولو غصبه شابا فصار شيخا ضمن النقص « متن » به ايضا في الاولين وقال في الاخير هذا ظاهر اذا لم يكن قطع بد العبد لكونه قد جنى على يد غيره عمدا فانه كلى هذا التقدير يجي . فيه عند المصنف احتمالات ثلثة قد سبقت (احدها) ارش العبد كائنا ما كان وعلى هذا الاحتمال يلزم الفاسد المجموع ايضا فلا يستقيم قول المصنف والا الزائد مناه وان لم نوجب الاكثر لزمه الزائد فقط وقد عرفت اننا قد لا نوجب الاكثر ونلزمه المجموع اذا اوجبت الارش ويندفع هذا عن العبارة اذا قرئ قوله سابقا فقطع يده بالبناء للمعلوم لان الضمير حينئذ يعود الى الفاسد فلا تندرج في العبارة الصورة المذكورة الا ان قوله فيما بعد وان نقص الربع الخ ينافيه لان ايجاب الارش على ما ذكره انما يجي . اذا جنى العبد في يد الفاسد فقطع يده بالجناية لانه حينئذ يقال ان يده ذهبت بسبب غير مضمون فيجب ارش العبد لا ارش اليد وان كان ضمينا وانا قلنا انه بنافيه لامتناع اندراج متعلق هذا الحكم في العبارة حينئذ (قلت) نقرأ قطع بالبناء للمعلوم ولا ينافيه قوله فيما بعد وان نقص الربع كما سنسمع (قوله) **« وان نقص الربع فان اوجبت الارش لزمه الربع والا النصف »** كما في التذكرة وجزم في التحرير بالثاني قال وان نقص خمس مائة وجب عليه رد العبد والالف (قلت) هذا هو الصحيح كما تقدم ومعنى عبارتي الكتاب والتذكرة انه لو كانت النقص خمسمائة وهو ربع القيمة فاللازم هو الربع ان اوجبت ارش العبد كائنا ما كان اي قليلا كان او كثيرا وان لم نوجب الارش تعين النصف لانه المقدر والاكثر ومن المعلوم انه لا يقوم احتمال الارش قل او اكثر الا اذا كان القطع بجناية العبد المنصوب على الطرف والا فاذا كان يجب المقدر على الخاني فبالاولى ان يجب على الفاسد فكان المصنف قال وان نقص الربع واوجبت الارش حيث يجب كما اذا كان قد قطع يد عبدا فقطع يده لزمه الربع والا النصف فقد اراد ان يبين ما اذا قطع الفاسد يده وما اذا قطعها غيره قصاصا واطلق هنا اعتادا على ما سبق فلم يكن كلامه هذا متربعا على قوله سابقا فقطع من حيث اللفظ (او نقول) ان ذلك يتجه ايضا اذا قرئ قطع بالبناء للمفعول بان نقول انه مطلق وتحت فردان احدهما قطع الفاسد والاخر قطع الغير قصاصا ويندفع ما في جامع المقاصد من قوله لا تنك في مسد الصارة سواء احدث مظامة اذا قرئ قوله فقطع مبنيا للمجهول او مخصوصا بكون الفاسد هو القاطع بان يبيني للمعلوم لان الخاني اذا اوجب عليه المقدر فجناية الفاسد بطريق اولى فقد صحت العبارة وان دفع عنها الايرادان (ثم) انه يرد عليه انه لو قرأنا قطع بالبناء للفاعل احتمل ان يكون الفاسد قد قطع يده قصاصا فلا يتجه ما في جامع المقاصد (وليس) لك ان تقول لا يصح للفاسد القصاص لانه يجب عليه رده سالما (لانا نقول) ان القصاص مقدم على كل حق كما حرر في محله (قوله) **« ولو غصب عبدا فقطع اخر يده تخير فيضمن الجاني النصف خاصة ولا يرجع على احد والفاسد الزائد ان نقص اكثر من النصف ولا يرجع على احد ولو لم يحصل زيادة استقر الضمان على الجاني »** كما في التحرير وجامع المقاصد ونحوه ما في التذكرة (ومعناه) ان المنصوب منه بتحرير تضمن الفاسد والخاني لكن الجاني لا يضمن سوى المقدر في الجناية والفاسد يضمن الزيادة فقرار الضمان بالنسبة الى موجب الجناية على الجاني فان رجع عليه لم يرجع به على احد وان رجع به على الفاسد رجع الفاسد به على الجاني بنفسه واما الزائد على تقدير حصوله فانه على الفاسد خاصة ولو لم تحصل زيادة استقر الضمان على الجاني لاستواء الجاني والفاسد في وجوب ذلك وقد باشر الاتلاف بالقرار عليه وبتحرير المالك في الرجوع على كل منهما (قوله) **« ولو غصبه شابا فصار شيخا ضمن النقص »** كما في المبسوط والخلاف والتذكرة والتحرير والابضاح وجامع المقاصد وفي التذكرة

وكذا لو كان امرد فبنت لحيته على اشكال ووقفصت الارض لترب البرع كارض البصرة صم على اشكال ووقفل التراب رده بعينه و تعدر فالمثل وعليه الارض . آتوية الحمر والسابع اذا قطع احجاره فعليه التسوية دون الارض ودر حمر بشر فله طه الا ان ينهاه المالك فيدول صم التردى « متز »

لا علم فيه خلاه يعني من اهل العلم قد نقص عن ذلك انما هو حصره وشملة وركبته هذا
فقط يدركه كفي اسود واحلاف وندرة واخرى وروس وفي مدته لا يعلم فيه خلاه وانه
كان طفلا فكيف في ادوس وركبته ذلك من صوره لثقة الله **﴿١٠﴾** وكان مره فكتب
حيثه **﴿١١﴾** كفي اسود واحلاف وندرة واخرى الاصح وجميع انما هو حصره في الله ذلك
لا يعلمه وانه عطف به ان حصره لا يعلمه الله لا يصدق هذا صحح ثوري في ان عطف بحصره
وودا حصره لا في الحرير وليس شيء لا يمنع هذه المصلحة لا ذكر عطفه من الله في
الاحلاف احده من عطف ونداب **﴿١٢﴾** حق العرض الصحيح باخل الله **﴿١٣﴾** على **﴿١٤﴾**
مدعيه **﴿١٥﴾** وجهه الله **﴿١٦﴾** ووجه الاصل الله **﴿١٧﴾** ليس احده من الله **﴿١٨﴾**
العين من الله اشكل حيرة تذكروا وله بزه الاصح وجميع **﴿١٩﴾** حلال في نفس حده **﴿٢٠﴾**
مضمون حبه ولا **﴿٢١﴾** من عطف **﴿٢٢﴾** ما عطف من ادوا واحده من اول الامر عطف **﴿٢٣﴾** قال
العبر **﴿٢٤﴾** حق ووجه الله صهارك رعا واد **﴿٢٥﴾** من **﴿٢٦﴾** **﴿٢٧﴾** **﴿٢٨﴾** **﴿٢٩﴾** **﴿٣٠﴾** **﴿٣١﴾** **﴿٣٢﴾** **﴿٣٣﴾** **﴿٣٤﴾** **﴿٣٥﴾** **﴿٣٦﴾** **﴿٣٧﴾** **﴿٣٨﴾** **﴿٣٩﴾** **﴿٤٠﴾** **﴿٤١﴾** **﴿٤٢﴾** **﴿٤٣﴾** **﴿٤٤﴾** **﴿٤٥﴾** **﴿٤٦﴾** **﴿٤٧﴾** **﴿٤٨﴾** **﴿٤٩﴾** **﴿٥٠﴾** **﴿٥١﴾** **﴿٥٢﴾** **﴿٥٣﴾** **﴿٥٤﴾** **﴿٥٥﴾** **﴿٥٦﴾** **﴿٥٧﴾** **﴿٥٨﴾** **﴿٥٩﴾** **﴿٦٠﴾** **﴿٦١﴾** **﴿٦٢﴾** **﴿٦٣﴾** **﴿٦٤﴾** **﴿٦٥﴾** **﴿٦٦﴾** **﴿٦٧﴾** **﴿٦٨﴾** **﴿٦٩﴾** **﴿٧٠﴾** **﴿٧١﴾** **﴿٧٢﴾** **﴿٧٣﴾** **﴿٧٤﴾** **﴿٧٥﴾** **﴿٧٦﴾** **﴿٧٧﴾** **﴿٧٨﴾** **﴿٧٩﴾** **﴿٨٠﴾** **﴿٨١﴾** **﴿٨٢﴾** **﴿٨٣﴾** **﴿٨٤﴾** **﴿٨٥﴾** **﴿٨٦﴾** **﴿٨٧﴾** **﴿٨٨﴾** **﴿٨٩﴾** **﴿٩٠﴾** **﴿٩١﴾** **﴿٩٢﴾** **﴿٩٣﴾** **﴿٩٤﴾** **﴿٩٥﴾** **﴿٩٦﴾** **﴿٩٧﴾** **﴿٩٨﴾** **﴿٩٩﴾** **﴿١٠٠﴾**

والبذر والبيض اذا زرع او فرخ فهو للمالك « متن »

في التذكرة انه مذهبنا وهو خيرة المبسوط والسرائر وجامع المقاصد والممالك فلا يلتفت بعد ذلك الى ماوجه به الاول في الايضاح ولا الى القول بان فائدة احترامها جواز ابقائها في يده وعدم وجوب اراقتها وغنام الكلام في الرهن (قوله) ﴿ والبذر و البيض اذا زرع او فرخ فهو للمالك ﴾ اجماعا فيهما كما في الناصرية والسرائر وبلا خلاف كما في الثاني ايضا وهو المذهب كما في الغنية وهو المعتمد عندنا كما في التذكرة وتخوى من سبق الشيخ كما في الدروس وعليه الفتوى كما في التنقيح وعليه الاكثر كما في جامع المقاصد وهو خيرة الخلاف في باب الدعوى والمبسوط في باب العارية وغصب السرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والدروس واللهمة وجامع المقاصد والممالك والروضة وهو المحكي عن ابي علي ولا ترجيح في الكفاية وفي غصب الخلاف والمبسوط والوسيلة انهما للغاصب وعليه قيمة الحب والبيض (واستدل) عليه بان عين المغصوب قد تلفت فلا يلزم غير القيمة وقال في الخلاف ومن يقول ان الفرخ عين البيض وان الزرع هو عين الحب مكابر بل المعلوم خلافه انتهى وقد صرح في عارية المبسوط ان الزرع عين الحب قال في السرائر فقد دخل «ره» في جملة من يكابر (ثم انا نقول) انهما غناء ملك المالك والنماء على قسمين قسم يبقى معه الاصل كخسرة النخل وقسم يبقى معه الاصل ببعض اجزائه وهو المادة دون الصورة فنلبس المادة صورة اخرى وتسمى استحالة وهذا يجري مجرى تغير الصفات كالسمن مثلا فكما ان المغصوب اذا سمس لم يملكه الغاصب كذلك البيض اذا صار فرخا والحب اذا صار سنبلًا (وقد) اعترض الشيخ في المختلف بان سبب تملك الغاصب الفرخ انما هو احداث فعل او تجديد به والقسمان باطلان (اما الاول) فلان الفعل اما من الغاصب او من الدجاجة والقسمان باطلان (اما الاول) فلان الغاصب لم يؤثر سوى الاحضان وليس ذلك موجبا للتمليك والا لكان لو احضنها بدجاجة المالك ملكها ولكن المالك اذا اذن لغيره في احضان الدجاجة بالبيضة وهما للمالك ملك الغير وليس كذلك اجماعا (واما الثاني) فلانه لو كان كذلك لكان المالك اذا غصب الدجاجة واحضنها بيضة من ملكه يملكها صاحب الدجاجة وليس كذلك اتفاقا (واما الثاني) فلان تجديد اليد لو كان موجبا لكان الغاصب مطلقا مالكا وان لم تتغير صفته وليس كذلك اجماعا وقول الشيخ ان العين قد تلفت ليس بجيد فانها لو تلفت لم يحصل لها غناء وانما استحال وتغيرت صفاتها وخواصها وقوله من يقول ان الفرخ عين البيض مكابر خارج عن الانصاف فانا لا ندعي ان هذه الاعيان هي تلك الاعيان باقية على الصفات بل ان المواد واحدة وان التغيير انما هو في الصفات والخواص وبعض الذاتيات انتهى (قلت) لعل الشيخ يقول مرادي من التلف عين ما قلته من الاستحالة وان سبب التملك جميع ما ذكرته مجتمعا لا كل واحد واحد مما ذكرت وهذا لم تبطله وله ان يقول اذا كانت الصورة مقومة للعين وانفردت فسادها فلا بقاء للعين فانت الخارج عن الانصاف فان اردت بقاء العين بقاء المادة فالشيخ يسلمه ولا بضره لان له ان يقول من اين لك اذا كانت المادة باقية وهي ملك المالك ونفس العين غير باقية بل تالفة او في حكم التالفة يجب مثلها او قيمتها ان الصورة الاخرى التي ليست بها المادة للمالك وهل النزاع الا فيه وليس لك ان تحجب الابان الصورة الحادثة غناء الاصل فينبهه ويجري مجرى الثمرة فتكون في غنية عن هذه التفاصيل التي ما افادت الا التطويل ولهذا ترى من تقدمه كصاحب السرائر وجميع من تاخر عنه ما استدوا الا الى انه غناء ملك المالك وتابع له (هذا) وقد تقدم في اول الفصل الاول فيما لو قطع الثوب قلما انه لم يملكه ونقل الاجاعات والفتاوى عليه ومن المفتين بذلك الشيخ في المبسوط والخلاف وما استدوا به عليه جار فيما نحن فيه وان المشكلين من - نخ واحد كما تقدم بيانه والزام الشيخ به وقد تقدم انه لا يصح الاستشهاد لكلام الشيخ بان غناء نطفة الفعل اذا غصبه وانزاه على شانه وفرسه للمالك لان النطفة لا قيمة لها

(الفصل الثاني في الزيادة الو غصب حنطة فطحنها او توبا فقصره او خاطه لم يملك العين بل يردّها مع الزيادة وارش القص ان نقصت القيمة بذلك ولا شيء له عن الزيادة ولو صاغ النقرة حليا ردها كذلك فلو كسر ضمن الصعة وان كانت من جهته ولذلك اجباره على ردها نقرة ولا يضمن ارش الصعة ويضمن ما نقص من قيمة اصل النقرة بالكسر « متن »

❦ الفصل الثاني في الزيادة ❦

(قوله) ❦ لو غصب حصة فطحنها او توبا فقصره او خاطه يملك العين بل يردّها مع الزيادة وارش القص ان نقصت القيمة بذلك ولا شيء له عن الزيادة ❦ هذا قد تقدم الكلام فيه فيما اذا قطع الثوب قطعاً وقد نقلنا هناك الفتاوى والاجماعات ومنها اجماع التذكرة وهذا معقود قال لا يملك العاصم العين المنصوبة بغير صفاتها فلو غصب حنطة فطحنها او شدة فطحنها او حديداً فصنعه سكينة او اية او آلة او توبا فقطعه وخاصة او قصه او ضياعه يردّه له وان حق ذلك لا يقطع عن هذه الاعيان ولا يملك العاصم شيء من هذه التصرفات بل يردّه مع ارش النقص ان نقصت القيمة عند عهده اجماع ائمة وحقى اخلاف عن ابي حنيفة واحمد في احدى الروايتين عنه خبر عبيد بن راسل بن يحيى ان عبيد الجهم في خياطة الثوب في السارة كمنها لذلك ولو كسر له صك كمنها كالمصنف (قوله) ❦ ولو صاغ النقرة حليا ردها كذلك كما في التحرير ونحوه وحامع المقاصد لان الصنعة ليست بغير ايتحيناسها بل للمصنوع وانما هي صفة حدثت في ملك المالك بسبب الغاص فتكون لذلك نعمة وهله ما لو طغ الدانة وحدثت لان الحسن من الله سبحانه وتعالى وليس له عين المالك في جميع المقاصد (قوله) ❦ ولو كسر ضمن الصنعة وان كانت من جهته ❦ كما في الكتب الثلاثة المتقدمة لانها ملك ثالث ولا قدح في ذلك كمنها بعمل العاصم (قوله) ❦ وثالث احده عن رده نقرة ❦ كما في التحرير وجميع المقاصد والمالك لو حوّل ردها كما احده (قوله) ❦ ولا يضمن ارش الصنعة ❦ كما في هذه الكتب الثلاثة لا يضمن العاصم مع الرد نقرة غير ممكن فيكون الامر برده كذلك اذ في اذهاب الصنعة او في اذله اتمه اتمه استندت ذلك على كون ما ينقص من اعيان مضمون في العاصم الى حصص السلب التامة والصنعة خبر من عبيد ومقوله ايتها وملك المصنوع به كما تقدم فتكون مضمونة عليه وان امره بردها بيرة فلا يبعد في التمسك في العدم بان العين تكون على تلك الصنعة وقت المصنوع به فترثا لك في دمة الغاصم (وكذلك) حل فيما اذا عصبها مهزولة واحده ان كان بعيداً عن علمه حتى سمعت فامر المالك بردها على المولى على وجه يستلزم هزها واولى منها ما لو عصبها سمينة وثبتت كذلك ثم امره بردها كذلك فزال سميتها ان فهم منه الحصة في اتلافها في الصنعة والتزيم به وعنده ارضا فلا ضمان كما في هذه الحصة في تصديرها وادهاب سميتها واعادتها مهزولة مضمونة لان كان لا يركب الا اضره (قوله) ❦ يضمن ما نقص من قيمة اصل النقرة ❦ كما في التحرير وجميع المقاصد واسالك ولعله لا يربط فيه لان ذلك مطلق وليس من لوازم الكسر النقصان بخلاف الصنعة اذ يردّها نقرة ووجه كون النقصان من لوازم الكسر به يسقط منه ضمان ما نقص بالامر به لان الصياغة خنابة لان كانت منه في مال الغير عده ما وانقص الكسر منه عنها وامر بردها كما كانت لا يقضي بسقوط صحتها اي كسر (قل) في حامع المقاصد وهذا بخلاف الصنعة التي لم تكن العين عليها في وقت العصب وه تستقر ثالث في دمة الغاصم فعلى هذا وعلمه المصنوع مدغلة الى موضع بعيد فسمعت ثم امره المالك برده على الفور بوجه يستلزم هزها ولا يملك السلب لا يضمن اسحق الساقص ويشكل بانه لو كان سمينا عند المالك فقصه ونقله على وجه لا عطف فيه ففيه سمته ثم احسن المالك على رده على

ولو صبغه بما يساوي قيمته تشار كافالفاصل بينهما بالسوية والنقص من الصبغ فلو نقص المجموع عن قيمة الثوب رده مصبوغا مع ارش النقص وكذا تثبت الشركة لو اطارت الربح الثوب الى اجانة صباغ «متن»

الفور فزال سمنه لم يضمه وهو يتأني تضمن النقصان بالامر بكسر الحلي المصنوع وفي الفرق نظر انتهى (قلت) قد عرفت ان لا تفرق ونوجب الضمان في المسائل الاربع ولا تفرق في الصنعة بين ما اذا كانت قبل الغصب او بعده بعد الجرم يكونها ملكا للمالك وجزا من العين فلا يستجود قوله بخلاف الصنعة الح على انه يقتضي عدم اتحاد الحكم فيما فرعه من الفرعين فلا يتجه اشكاله (ثم) ان الاولى ان يفرع قوله فعلى هذا الى اخره على عدم ضمان ارض الصنعة لا على ما نحن فيه ولعله فرعه على قوله بخلاف الصنعة الى اخره وان ذكره بالعرض (ثم) انه قال ويحتلج بالخطر فرق يتأمل بعد ذلك وهو ان طلب المالك رد الحلي فقرة يقتضي عدم قبول الصنعة بخلاف رد السمين اذا استلزم رده الى المهرال وبخلاف نقصان العين بالكسر فانه لا يقتضي ذلك ولا منافاة بين ملكية السمن والرضا بها وطلب الرد على الفور وان علم هزاله للاعتماد على كون ما ينقص من العين مضمونا عليه (قلت) هذا يقتضي بان السمن في صورتين يضمن كتنقصان العين وهو خلاف ما ذكر قد ير وما بال ذهاب الصنعة لا يكون كذهاب السمن في الصورة الاولى مع ان كل واحد منهما جزء من العين واحتمال عدم ارضا قائم فيها كما فرضناه فيما اذا كان لا يريد الا المضرة (قال) ويمكن ان يفرق بوجه اخر وهو ان الامر رد الحلي فقرة يدل على عدم قبول الصنعة والترخيص في اتلافها بخلاف ما ينقص بالكسر لان الامر بالكسر لا يقتضي قبول الناقص من الفضة وان كان لازما عنه لا محالة فهو محسوب من جملة المؤنة الواجبة على الغاصب فانه لو امره المالك برد الدابة الى بلد الغصب وكان ذلك مستلزما للهزال لا يكون دالا على عدم ارادة السمن والترخيص في اتلافه فيكون من باب المقدمة كالمكلف والسقي وينبغي التأمل في الفرق بينه وبين الاول انتهى وهذا الذي اختلف في خاطره المبارك الميمون انما وجدناه في نسخة واحدة واكثر النسخ خالية عنه ولذلك تراه كانه غير محرر (قوله) ولو صبغه بما يساوي قيمته تشاركا فالفاصل بينهما بالسوية كما اذا كانت قيمة الثوب عشرة وقيمة الصبغ عشرة وساوى بعد الصبغ ثلثين لزيادتهما معا لا لزيادة احدهما فالسوية بينهما بالسوية كما هو صريح المبسوط والتذكرة والمسالك وكذا الشرائع والكفاية وذلك ان لم يمكن فصله عنه كما في الاولين والكفاية وهو قضية الكتاب بقربته قوله فيما يأتي ولو قبل الزوال (قلت) او امكن ورضيا بالشركة كما في التذكرة ولو زادت قيمتهما لزيادة قيمة الثوب فالزيادة للمالك خاصة كما انها لو زادت لزيادة قيمة الصبغ فالزيادة للغاصب ولو زادت بسبب العمل خاصة فهي بينهما لان كلا من الثوب والصبغ قد زاد بالصنعة والزيادة الحاصلة بفعل الغاصب اذا استندت الى الاثر المحض تسل للمفصوب منه (قوله) والناقص من الصبغ يريد انه اذا نقصت قيمته حيث لا يمكن فصله عن قيمتهما معا والناقص من الغاصب خاصة وهو معنى الناقص من الصبغ لانه ان كان من الصبغ فظاهر وان كان من الثوب مضمانه عليه اذا استند النقصان الى الثوب وحده باعتبار السوق حتى لو نقص والحال هذه عن قيمة الثوب وحده لزم الغاصب ارض النقصان ولا شيء له لمكان الصبغ كما هو صريح المبسوط والتذكرة والمسالك وصريح الشرائع والتحرير وجامع المقاصد في بعض وقصيتهما في اخر وستسمع ما في الكتاب ولو نقصت قيمة الصبغ وزادت قيمة الثوب فهو بينهما بالنسبة كما لو انخفضت قيمة الصبغ الى ثمانية بعد ان كان يساوي عشرة وارتفعت قيمة الثوب الى اثني عشر كما نبه عليه في المبسوط وغيره (قوله) فلو نقص المجموع عن قيمة الثوب رده مصبوغا مع ارش النقص كما اذا حارت قيمتهما معا ثمانية في المثال المتقدم فانه يرد الثوب مصبوغا ويرد معه درهمين وذهب الصبغ صباغا كما تقدم بيانه (قوله) وكذا تثبت الشركة لو اطارت الربح الثوب الى اجانة صباغ كما في التذكرة وجامع المقاصد لتحقيق اختلاط المالين وليس

سواء هلك الصبغ بالقلع على اشكال او لا فان تعيب الثوب ضمن ارشاه ولو طلب احدهما
ما لصاحبه بالقيمة لم يجب القبول « متن »

وحده فابو علي والمصنف يقولان لا تجب اجابة الغاصب اذا استلزم الفصل هلاك الصبغ وولده يقول لاختلاف
في وجوب اجابته الى الفصل اذا لم يهلك الصبغ ولم ينقص الثوب فايهما حصل منع من اجابته فلا منسافة
اصلا قطعاً بل المفروض في كلام ابي علي والمختلف ان ذلك ايضا اذا استلزم التصرف نقصا في الثوب كما هو
ظاهر اخر كلامه في المختلف كما هو الغالب وعليه نبه في التذكرة وهذا الذي نفي الخلاف عنه في الايضاح
اخيرا هو المستفاد من التذكرة والموافق للاعتبار ثم ان في تسميته نفي الخلاف اجماعا مسامحة (وحكى) في المسالك
قبولا بانه ان ادى فصله الى استهلاكه لم يجب الغاصب وليس هو قول ابي علي ولا هو لاحد من اصحابنا وانما
هو لبعض الشافعية لانك قد علمت ان ابا علي يشترط مع ذلك النقص في الثوب (وكيف كان) فقد استدلل
المحقق الثاني والشهيد الثاني المشهور بانه لولا اجابته الى قلع الصبغ لزم عدوان اخر وهو التصرف في مال الغير
بغير حق فانه لا سبيل الى تملكه بعوض ولا بغير عوض قهرا ولا الى الزام المالك ببيع الثوب وبيع الصبغ
وحده مع الحكم المذكور لا فائدة فيه فربما لم يرغب فيه راغب وبقاء الثوب في يد المالك ممنوعا من المنصرف
فيه موجب لزيادة الضرر فلم يبق الا الاجابة الى القلم فحينئذ يترجح هذا بالنحصر وصول الحق الى مستحقه
فيه اذ من ظلم لا يحل ان يظلم فعلى هذا لا فرق بين استهلاك القلع اياه وعدمه اذ لا يحل مال امرء مسلم الا
عن طيب نفس منه واحتمال المنع لاستلزامه اضرار المال المنهي ضعيف اذ المنهي عنه الاتلاف الذي لا يتعلق
به عرض للعقلاء اما اذا تعلق به غرض صحيح فلا فظير الوجه في استحقاق الغاصب القلع وان نقص الثوب
اذ لا طريق الى التخلص سواء والنقص ينجر بوجوب الارش (وفيه) أن طريق التخلص ان يجبر الغاصب
على اخذ قيمة الصبغ ان بذلها المالك وقد مال اليه المحقق الثاني فيما ياتي وجبر المالك بالارش على ما نقولون
ليس باولى من جبر الغاصب بالقيمة بل هو اولى لانه كما ان وقوعه عدوانا لا يقتضي اسقاط مالية الغاصب
فله التصرف فيه بالقلع فكذلك عدوانه لا يقتضي نفي سلطان المالك عن ملكه فله ان يمنع الغاصب عن
التصرف فيه بالقلع وحيث تعارض الحقان فالترجيح لجانب المالك لعدم نقصيره وجبر مظلمته وتداركه مال
الغاصب بقيمته واما الغاصب فعاد ظالم مكاف باسقى الاحوال لا حرمة لسلطانه كما لاحرمة لفعله الذي له
اجرة ونحوه ولا سيما اذا استلزم ذلك نقصا او عيبا في مال المالك كما هو المفروض فكانت مراعاته وتداركه
لمال الغاصب بالقيمة اولى من مراعاة الغاصب وجبره لنقصان مال المالك بالارش (قال) في المختلف من العجيب
ايجاب التمكن على المالك من اخذ الصبغ وان تعيب الثوب (ثوبه خ) وعدم قبول عوض الصبغ منه واحبار الفارس
المستعير الارض على اخذ قيمة الفرس من المالك اذا دفعها مع ان المالك هنا اذن في الفرس ولا ضرر عليه ولا
سوى ارضه في اخذ الفرس والمالك هنا لم ياذن له في الصبغ وعليه ضرر في اخذه من ثوبه وهذا منه الزام للشيخ
ومن وافقه على اجبار الفارس المستعير (قوله) سواء هلك الصبغ بالقلع على اشكال او لا فان تعيب الثوب
ضمن ارشاه ظاهره ان الاشكال في ما اذا هلك الصبغ سواء نقص الثوب ام لا وفي الايضاح انه في
هلاك الصبغ وعدم نقص الثوب قال وبثأ من النهي عن اضرار المال ومن انه طلب عين ماله ولا ضرر على المالك
فلا يمنع وقد عرفت ان الشرط قد فطحت به عباراتهم (قوله) ولو طلب احدهما لصاحبه بالقيمة لم يجب
القبول اذا كان الغاصب الطالب فلا اجد خلافا في عدم وجوب اجابته على المالك نعم قد احتمل
ذلك في الكفاية ولم يحتمله غيره من الخاصة والعامة (واما) العكس فالمشهور كما في جامع المقاصد انه لا يجب
على الغاصب القبول وبه صرح في المبسوط وغيره وفي الكفاية انه الاشهر وهو قضية كلام كل من قال انه لو
طلب الازالة احبب اليها وقد سمعت كلام ابي علي والمصنف في المختلف والتقداد وما حكيناه عن الاستاذ وابن

وكذا لو وهبه اياه ولصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الناصب دون العكس ولو كانت قيمة كل منهما خمسة وساوى المصوغ عشرة الا ان قيمة الثوب ارتفعت للسوق الى سبعة وانخفضت قيمة الصبغ الى ثلاثة فلما لك سبعة ولو ساوى اثني عشر فلمالك نصفها وخمسها وللناصب خمسها وعشرها وبالعكس اذ انقص السوق غير مضمون (متن)

اخيه وهو الذي اعتمد في التذكرة اذا كان لا يمكن فصل الصبغ ولا يحصل منه شيء مستندا الى انه لا ذريعة الى تصرفه في ثوبه الا بدفع قيمة الصبغ (وفيه) انه يحتمل حينئذ ان يكون كقصة الثوب كما تقدم (قوله) $\frac{1}{2} = \frac{1}{3}$ وكذا لو وهبه اياه $\frac{1}{2} = \frac{1}{3}$ اي لو وهب احدهما ماله لصاحبه لم يجب عليه القبول وقد صرح في المبسوط والشرائع والتذكرة والدروس وجمع المقاصد والمالك والروضة بان الناصب اذا وهب الصبغ للمصوغ منه لم يجب عليه القبول وفي جامع المقاصد لاحسب فيه خلافا للاصل ولما فيه من مظنة انتقص والمئة وليس كذلك القيمة واحتمل في التذكرة وجوب القبول ولعله جيد اذا لم يمكن الفصل لانه يكون كالسمن والقصر ومنه يعلم الحال فيها اذا وهب المالك الثوب للناصب (قوله) $\frac{1}{2} = \frac{1}{3}$ ولصاحب الثوب الامتناع من البيع لو طلبه الناصب دون العكس $\frac{1}{2} = \frac{1}{3}$ يريد انه لو رغب الناصب في بيع الصبغ على الغير لم يجز المالك على موافقته وان رغب المالك في بيع ثوبه اجبر الناصب كما هو خيرة التذكرة والمالك والروضة (اما الاول) فلانه لو اجبر المالك نافي مقتضى الحكمة والشرع فانه لا يستحق التعدي بتعديده الاضرار بغير التعدي وازالة ملكه عنه قهرا (واما الثاني) فلانه لو لم يجز الناصب اضرار المالك لان بيع الثوب وحده مظنة قلة الرأب فيه لكان عيب الشركة فيفضي الى عسر البيع وقلة القيمة وهو قوي متين قد بان وجهه مما سلف انفا وهو مما يرشد الى قوة القول باجبار الناصب على اخذ القيمة اذا بدلها المالك ونعم ما قال في جامع المقاصد في المقام ان ذلك لا يكاد يتجه على القول بعدم تملك ماله بالقيمة اذا لم يرض لاستلزامه نقل الملك مع عدم الرضا (فان قيل) فيه جمع بين الحقين ودفع للضرر عن المالك (قلنا) في الاول اي اجبار الناصب على اخذ القيمة اذا بدلها المالك نقول هكذا (فان قيل) الضرر هنا اقل اذ تعين اخراج الملك عنه لملك معين ضرر (اي بخلافه اذا اراد بيعه على غير معين حرمته) (قلنا) هو مقابل بضرر المالك فان منعه من التصرف في ملكه الى ان يرضى الناصب في امر تعدي عليه به ضرر عظيم وبالجملية فقول المختلف لا يخالف من وجه انتهى (هذا) وقد يلوح للتامل التدرب من كلام المبسوط والشرائع والتحرير والدروس انه لا يجزى الناصب على البيع الى الغير اذا رغب فيه المالك ولا ترجيح في الكفاية واحتمل فيها ايضا ان لا يجزى احدهما على موافقة الاخر لمكان الشركة وان يجزى للمالك للناصب تسوية بين الشريكين وهذا ان اضف وجوه الشامية (قوله) $\frac{1}{2} = \frac{1}{3}$ ولو كانت قيمة كل منهما خمسة وساوى المصوغ عشرة الا ان قيمة الثوب ارتفعت للسوق الى سبعة وانخفضت قيمة الصبغ الى ثلاثة فلمالك سبعة $\frac{1}{2} = \frac{1}{3}$ يريد انه لو صار الثوب يساوي سبعة والصبغ ثلاثة بعد ان كانت قيمة كل واحد منهما خمسة وبيعا مما فلمالك سبعة هي نصف العشرة وخمسها وللناصب ثلاثة هي خمس العشرة وعشرها لان الحكم يتعلق بما صارت القيمة اليه ولا اثر للخسبة بعد تغير السوق (قوله) $\frac{1}{2} = \frac{1}{3}$ ولو ساوى اثني عشر فلمالك نصفها وخمسها $\frac{1}{2} = \frac{1}{3}$ وما غايبه وخمسها من اثنين لاننا نقسط القيمة باعتبار استحقاق كل منهما من عشرة وقد كان للمالك منها نصف وخمس ومما سبعة كما تقدم (قوله) $\frac{1}{2} = \frac{1}{3}$ وللناصب خمسها وعشرها $\frac{1}{2} = \frac{1}{3}$ وما ثلاثة وثلاثة اخماس من اثنين لانه قد كان له من العشرة خمس وعشر (قوله) $\frac{1}{2} = \frac{1}{3}$ وبالعكس اذ انقص السوق غير مضمون $\frac{1}{2} = \frac{1}{3}$ اي لو انعكس الامر كان انخفض الثوب الى ثلاثة وارتفع الصبغ الى سبعة وقد كانت قيمة كل منهما خمسة فانه يتمكس الحكم المذكور لان نقص السوق غير مضمون اذا لم يستند الى نقص في

ولو مزج الزيت بزيت المساوي او الاجود تشاركا وبالأردى يتخير المالك في المثل
والعين مع الارش [متن]

العين او صلتها وقد ذكرت هذه المسائل جميعها في التحرير وجامع المقاصد والروضة و اشار اليها في المسالك
وقد تقدم لنا مثل ذلك (قوله) * = * ولو مزج الزيت بزيت المساوي او الاجود تشاركا * = * (واما) انها لا تشارك
فيما اذا مزجه بالمساوي فهو خيرة المبسوط والشرائع والتذكرة والمختلف والارشاد والدروس وغاية المراد
و جامع المقاصد وفي المسالك نسبتها الى الاكثر وفي مجمع البرهان انه ظاهر لان عين مال المالك موجودة في
الجملة غايته انها ممتزجة بغيرها وذلك لا يخرجها عن ملكه ولان في اثبات الشركة ايصال المالك الى بعض
حقه والى بدل بعضه من غير زيادة فوتت على الغاصب فكان اولى من ايصاله الى بدل الكل وقال في السرائر
انه كالمستهلك ان شاء الغاصب اعطاه من زيت المخلوط وان شاء اعطاه من غيره مثل زيت وقال انه هو
الذي تقتضيه اصول المذهب لان عين الزيت المصوب قد استهلك لانه لو طالبه برده بعينه لما قدر على ذلك
(قلت) هذا التخير راجع الى ضمان المثل وردده في التذكرة بان ذلك لا يوجب خروجها اي العين عن ملكه
كما لو اختلط المالان بغير اختيارهما او برضا المالكين وبانه لو غصب رطلا من هذا ورطلا من هذا
وخلطهما وجعلناهما بذلك هالكين للزم انتقال الملك فيهما الى الغاصب وذلك تملك بمحض التعدي (واما)
تشاركتها اذا خلطه بالاجود فهو خيرة التذكرة والارشاد والمختلف والدروس و جامع المقاصد وقد حكاه
ابن ادریس والمحقق عن بعض اصحابنا فيكون به قائل من المتقدمين وصريح الدروس وكذا المختلف
و جامع المقاصد انه يقسم بينهما وان كان مال الغاصب اجود ولا ترجيح في الشرائع والمسالك ومجمع
البرهان والكفاية (وقال) في المبسوط ان الغاصب بالخيار بين ان يعطيه من عينه او مثله من غيره فان باعه
قسم الثمن بينهما على قدر الزيتين والصحيح ان هذا كالمستهلك فيسقط حقه من العين ويصير في ذمة الغاصب
لانه قد تعدر ان يصل الى عين ملكه بعينها فاذا انتقل الي الذمة يكون الغاصب بالخيار بين ان يعطيه
من عينه فيلزمه قبوله لانه قد تطوع بخير من زيت لانه اعطاه عين ماله وبين ان يعطيه مثله من غيره
انتهى ونحوه ما في السرائر وهو خيرة التحرير (حجة المتأخرين) ومن واقفهم ممن تقدم كما تقدم ان الزيادة
الحاصلة زيادة صنة حصلت بفعل الغاصب او عنده عدوانا فلا يسقط حق المالك من العين بسببها كما لو صاغ
النفرة وعلف الدابة فسنت وعلم العبد صنة والغاصب بغصبه ادخل الضرر والتكليف الزائد على
نفسه مضافا الى ما تقدم في الزج بالمساوي وقد يكون المراد من قوله في التذكرة والارشاد تشاركا انه انما
يشاركه في اصل المال لا في الزيادة فيكون الشأن في ذلك كما هو الشأن فيما اذا اتاهل صاع رجل قيمته درهم
على صاع اخر قيمته درهمان فانها يتشاركان ويباعان اذا تعسرا ويتسم الثمن بينهما اثلاثا وان اراد
قسمة عين الزيت على نسبة القيمة في التذكرة الاقرب عندنا الجواز لان القسمة ليست بيعا عندنا وفيها انها
في هذه الصيغة كأنها بيع لانه يكون اخذ ثلثي صاع في مقابلة صاع وهو ربا فتأمل وانما خصصنا التذكرة والارشاد
لانه لم يذكر فيهما كغيرها بانه يشاركه في الصنة (وحجة الشيخ) وجوابها يعلم ايضا مما تقدم وكأنه في جامع
المقاصد لم يلاحظ السرائر ولا المختلف ولا غاية المراد حيث قال في الرد على الشيخ وابن ادریس ولو ثبت ما قلناه في
الاجود لورد مثله في المزج بالمساوي وانت قد عرفت ان ابن ادریس يعلم ما من سنخ واحد (قوله) * = * وبالأردى
يتخير للمالك في المثل والعين مع الارش * = * كما هو خيرة التذكرة و جامع المقاصد وتعليق الارشاد والروضة وهو
(احد القولين) في المسئلة وقد حكاه في الشرائع عن بعض اصحابنا (والثاني) انه انما يضمن المثل لانه
كالمستهلك وهو خيرة المبسوط والسرائر والارشاد والدروس واللمعة ومجمع البرهان (ووجهه) انه في
حكم استهلاك العين لا اختلاط كل جزء من مال المالك بجزء من مال الغاصب وهو ادون من الحق
فلا يجب قبوله فينتقل الى المثل فتأمل (ومنه) يعلم وجه الشق الاول في القول الاول (واما) وجه الشق الثاني

ولو مزجه بالشيرج فهو اتلاف وعليه المثل ومزج الحنطة بالشيرج ليس باتلاف بل يلزم بالفصل والالتقاط وان شق ولو استدخل الحنطة المنصوبة في بنائه الزم بالعين وان ادى الى الهدم متن

فهو ان حقه لا يسقط بالكلية بفعل الغاصب مع امكان التوصل الى البعض والنقص في الخليط يجب جبره بالارش فانه مقدمة الواجب (وفيه) انه يلزم حينئذ الربا ان كان ربويا كما فيا نحن فيه لانه ثبت في كل معاوضة عند جماعة كما تقدم وظاهر الشرائع حين نقل هذا القول انه لاخذ العين بغير ارش ولم يرجع فيها ولا في المسالك ولا الكفاية واحدا من الفواين ولو رضي المالك ودون حقه منه لزم القاصب دمه ولو اتفقا على ان لاخذ اكثر من حقه من الردي ودون حقه من الجيد لم يجوز لانه ربا الا ان يكون ذلك بمقدار الصلح ويجوز العكس فياخذ دون حقه من الردي واكثر منه من الجيد اذ لا مقابل للزيادة والاولى تبوع والاولى الصلح في الجميع (قوله) = * * * ولو مزجه بالشيرج فهو اتلاف وعليه المثل * * * كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس والروضة وفي الكفاية انه اشهر لانه تائب لطلان مودته وخاصيته بخلاف الجيد مع الردي المتقين في الجنس واحتمل في التذكرة قولنا ثبتت الشركة كما لو مزجه بالرخا او امزجا بانفسهما ولعله لان اسقاط حقه من العين مع وجوده بعيد الا انه يشكل على تقدير القسمة الاجبارية فانه نكون قد حتمنا على المالك اخذ غير المثل ان كان الطالب هو الغاصب او كلفنا الغاصب بغير المثل في المثل ان كان الطالب المالك وكلاهما خارج عن قواعد القصب لكنه وارد على تقدير امزجها بغير القصب (قوله) = * * * ومزج الحنطة بالشيرج ليس باتلاف بل يلزم بالفصل والالتقاط وان شق * * * كما في المبسوط والشرائع والتحرير والتذكرة واللمعة والمسالك والروضة وهو قضية كلام الدروس وعنده ووجهه ظاهر ان امكن وان طال الزمان وان لم يمكن تمييز الجميع وجب تمييز ما امكن والذي لا يمكن تمييزه يتسم ان كان مال الغاصب اءلا قيمة او مساويا وان كان ادون ضمن المثل كما هو قضية التقيد بالامكان في التذكرة وعليه نه في التحرير والدروس ولا تنفل عامرانفاؤا كذلك الحال فيا اذا اتحد الجنس كالحنطة البيضاء بالحمر (قوله) = * * * ولو استدخل الحنطة المنصوبة في بنائه الزم بالعين وان ادى الى الهدم * * * كما في الخلاف والمبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس والمسالك بل لا خلاف فيه الا ان الكوفي وتلميذه الشيباني فانهما قالوا انه يملكها ولا يجب عليه رد الساجة ويأزمه قيمتها (وجهه) ما عليه الاصحاب وجهور العامة واضح لانه بنى على ملك الغير ظلم وعدوانا فيجب رده فوراً فكيف يذول به ملك المالك فاذا استخرجها وجب عليه رد اجرتها من حين القصب الى حين الرد وان نقصت لزمه ارش النقص ولو بلغت حد الفساد على تقدير الاخراج بحيث لا يبقى لها قيمة فالواجب قاء قيمتها وهل يذول حيد على اخراجها وجهان وفي المسالك ان ظاهرهم عدم الوجوب وانها تنزل منزلة المدومة (قلت) قد صرح به في المبسوط والدروس ويظهر ذلك من جملة في مسئلة الخيوط كما يأتي واو قيل بوجوب اخراجها واعطائها للمالك كان جيدا وان جمع بين القيمة والعين ولما كانت العين في حكم المدومة في هذا المقام وما بعده لانه لا يمكن ايصالها الى مالكها كما هي لم يمتدوا القيمة للحيلولة واخذ اجرتها كما قاله في العبد كما تقدم **ففرع** قال في المبسوط اذا خاف وقوع حائط جازه ان لاخذ جذع غيره بغير امره فيستنده بلا خلاف وفي الشرائع والمختلف في دعوى الاجماع نظر لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه فلا يكون سائغا واقصر للصنف فيا يأتي على نسبة الحكم الى القليل وظاهر الدروس موافقة والمال به قال نقل الشيخ فيه الاجماع وحيث لا اقرب فبان عينه واجرت له وان انتفى الاثم ولعله لا وجه للمناقشة نه وقولهم ان لا موافقه له وهو متجه مقطوع به فيا اذا خيف وقوعه على نفس محترمة بحيث لا يندفع الابنه لجواز اتلاف مال الغير لحفظ

ولو رقع باللوح المنصوب سفينته وجب قلمه ان كانت على الساحل او كان اللوح في اعلاها بحيث لا تفرق بقلمه وان كانت في اللجة وخيف النرق بقلمه فالاقرب الرجوع الى القيمة الى ان تخرج الى الساحل ان كان في السفينة حيوان له حرمة او مال لغير الغاصب ولو كان له فالاقرب العين ولو خاطب ثوبه بخيوط منصوبة وجب نزاعها مع الامكان (متن)

النفس فاتلاف منفعته اولى وهذا مراد الشيخ وهو اجماعي بين المسلمين وبه يشعر تعليقه حيث قال ان مراعاة المصالح الكلية اولى من الجزئية مع التعارض وما كان ليريد ذلك بدون ذلك مع دلالة العقل والنقل على المنع من التصرف في مال الغير بغير اذنه بدون حفظ النفس ولعله لما كان ظاهره نفي الخلاف بين المسلمين سموه اجماعا (قوله) = ﴿ولو رقع باللوح المنصوب سفينته وجب قلمه ان كانت على الساحل او كان اللوح في اعلاها بحيث لا تفرق بقلمه﴾ = الوجه في ذلك كله واضح لانه يخاف من التزع اهلاك نفس محترمة ولا مال فكان حينئذ كالبناء ولذلك ترك القيد في الشرائع وان كان نص على الجميع في البسوط والتذكرة والتحرير والدروس والمساك وخلاف ابي حنيفة ات هنا (قوله) = ﴿وان كانت في اللجة وخيف الفرق بقلمه فالاقرب الرجوع الى القيمة الى ان تخرج الى الساحل ان كان في السفينة حيوان له حرمة او مال لغير الغاصب﴾ = كما هو صريح التذكرة وجامع المقاصد والمساك والروضة وظاهر غيرها وفي مجمع البرهان انه لا خلاف في ان حفظ النفس مقدم على رد المال (والمراد بالحيوان المحترم ما لا يجوز اتلافه مطلقا او بغير الذبح وحينئذ فلا فرق بين الادمي وغيره ولا في غيره بين ان يكون للغاصب ام لغيره لاحترام روح الحيوان كما سيأتي من الخبر النبوي كما هو ظاهر الكتاب وصريح التذكرة وجامع المقاصد والمساك (ولا فرق في مال غير الغاصب ومن لا يعلم ان فيها لوحا منصوبا غير الحيوان بين نفس السفينة او غيرها لاحترام مال الغير اذا لم يكن عالما فيجمع بين الحقين بدفع القيمة فاذا استرجع اللوح رد القيمة واما الواضع ماله فيها بعد علمه بالقصب فكالغاصب كما في الكتب الثلاثة واحتمل في الايضاح في اصل المسئلة اخذ اثنين لانها وضعت بغير حق فيثبت جواز انتزاعها والا لجاز دوام الغصب شرعا وهو محال وهو ضعيف كما في جامع المقاصد (قوله) = ﴿ولو كان له فالاقرب العين﴾ = كما هو خيرة التحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد وهو قضية اطلاق الخلاف والشرائع وفي المسالك نسبته الى صريح الاكثر لان دفع الغصب الى المالك واجب على النور ولا يتم الا به وقد ادخل الضرر على نفسه بعدوانه على انه لا يناسبه التخفيف (واختير) في البسوط والتذكرة وظاهر كلام السرائر انه لا يتزع لان السفينة لا تدوم في البحر فيسهل الصبر الى انتزاعه الى الشط فتؤخذ القيمة للحيلولة الى ان يتيسر الصل ورد اللوح مع ارش التقص ان نقص وتسترد القيمة جمعا بين الحقين ولا كك الساجة في البناء فانه لا امدها ينتظر فافترا وقد وسه في جامع المقاصد بالضعف والتضعيف ضعيف اذا استلزم القبح والضرر الناحش مع امكان الجمع بين الحقين كما حرر ذلك في باب وجوب المقدمة فليتامل جيدا ولا ترجيح في المسالك (وعلى) الاول فقد قال في التذكرة لو اختلطت السفينة بمن كثيرة للغاصب ولم يوقف على اللوح الا بفصل الكل في جوازه اشكال وللشافعية وجهان وفي المسالك اجودهما ذلك لتوقف الواجب عليه وفيه ما عرفت اننا من ان ذلك اذا لم يستلزم قبحا او ضررا فاحشا فليتامل جيدا لمكان الغصب والقولان اتيان في مال العالم بان فيها لوحا منصوبا (قوله) = ﴿ولو خاطب ثوبه بخيوط منصوبة وجب نزاعها مع الامكان﴾ = كما في البسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمساك وجمع البرهان وهو معنى قوله في التذكرة الحكم فيه كالحكم في البناء على الساجة والوجه فيه ظاهر مما مر كالوجه في انه يضمن ما يحدث من نقص ان اتفق وقد نص عليه في الكتب المذكورة

ولو خيف تلفها لضعفها فالقيمة وكذا تجب القيمة لو خاطبها جرح حيوان له حرمة الا مع الامن من التلف والشين ولو مات المجروح. وارتد ففي التزاع اشكال من حيث المثلة [متن]

وفي حكم التوب بما كان نحوه (قوله) * ولو خيف تلفها لضعفها فالقيمة * كما في الشرائع والتحرير والمالك ومجمع البرهان ولا تخرج بذلك عن ملك المالك فيجب اخراجها لو طلبها وان لم يبق لها قيمة كما في جامع المقاصد والمالك ومجمع له بين العين والقيمة كما مر من ان جناية القاصب توجب اكثر الامرين ولو استوعبت القيمة اخذها ولم يدفع العين ولكن ظاهر التذكرة والشرائع والتحرير وصريح البسوط ومجمع البرهان انه لا يجب اخراجها بل قال في الاخير بل يمكن ان يقال انه لا يجوز ومعناه وان طلبها المالك وحينئذ فيمكن جواز الصلاة في ذلك الثوب المغطى بها اذ لا غصب فيه يجب رده كما قالوا انه يجوز المسح بالرطوبة الباقية من الماء المغطى الذي حصل العلم به بعد الفصل وقبل المسح (قوله) * وكذا تجب القيمة لو خاطبها جرح حيوان له حرمة الا مع الامن من التلف والشين * قد صرح بالحكمه في المستثنى منه في البسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمالك ومجمع البرهان لمكان حرمة ذي الروح وفي المستثنى في البسوط والشرائع والتذكرة والدروس وجامع المقاصد وعليه نبه في التحرير ومجمع البرهان لجوب الرد على الفور وانتفاء المحدث (وتحريم المقام) ان يقال اذا خيط به جرح حيوان فهو اما محترم او غير محترم وكل منهما اما ادمي او غيره فالادمي المحترم سواء كان هو القاصب ام غيره اذا كان جاهلا بغصب القاصب له اذن له ام لم ياذن حتى خيف من نزع هلاكه او غيره من المحدث المجزؤ للتيسر من مرض او شين لم يترع وعلى القاصب قيمته وان كان الذي خاطب القاصب جرحه به عالما بالغصب اذنا بالحيطة فوجهان اجودهما ان القيمة على القاصب المباشر للاتلاف والمجروح لا يصير بالاذن مبشرا وبه قال اولا له مال في جامع المقاصد وظاهر التذكرة التأمل فيها اذا كان جاهلا بالغصب لكنه اذن حيث جله كما لو اطعمه المالك طعام نفسه جاهلا (واما) الادمي الغير المحترم كالمرتد عن فطره فالاقرب كما في التذكرة والايضاح انه يجب اخراجه وان خيف منه التلف وبه جزم في التحرير وهو في محله وتوقف فيه في جامع المقاصد كالصنف كما استمع وكذلك الحال لو طرأت الردة على الحيطة وحكم الحربي حكم المرتد نص عليه في التذكرة واستشكل في الزاني المحصن والمعارب ولعله لان حدها وظيفة الامام ونوابه وان كانا غير معصومي النفس ويزيد المعارب انه على القول ما تريب لا يتصل في بعض الاحوال وان كان محاربا (واما) غير الادمي المحترم فان كان غير * كقول اللحم فالحكم فيه كالادمي لانه لا ينتفع به مع ذبحه ومنه كلب الصيد والزرع والماشية كما ياتي وان كان ما كوال اللحم لغير القاصب فكذلك لاحترام روحه وان كان للقاصب فظاهر الكتاب البسوط والشرائع والتحرير والارشاد والدروس وصريح المالك وكذا التذكرة انه كذلك لان للحيوان حرمة في نفسه ولهذا يؤمر بالانفاق عليه ويمنع من اتلافه فاذا لم يقصد بالذبح الاكل منه منع منه وقد روي انه (ص) نهى عن ذبح الحيوان الا لاكله وهو انظر قولي الشافعي والقول الآخر انه يذبح ويرد الخيط لانه جائز الذبح وكنه قال به المولى الاردبيلي قال وما يجوز اتلافه مثل خيوان الذي قد هيى مذبح والا كل مثل غنم مسن فانه يعزق ويرد الى مالكه وقد لا يكون مخالفا ولا ترجيح لاحد الوجهين او القولين في جامع المقاصد حيث قال كل محتمل (واما) غير الادمي الغير المحترم كالكلب القور والخنزير فانه يترع منه من غير مبالاة كما في البسوط وغيره ونص في التذكرة على ان كلب الصيد والماشية والزرع لا يجوز التزاع منه قال ومنه قال بعض الشافعية (قوله) * ولو مات المجروح او ارتد ففي التزاع اشكال من حيث المثلة * النهي عنها ومن وجوب رد الملك الى مالكه وقد عرفت الحال في المرتد والمحقق الثاني متوقف فيها وفي الايضاح ان الاولى فيها انه يجب التزاع وما زاد في الدروس على قوله ولو مات الحيوان قيل لا يترع * نهى عن المثلة ولم يتعرض المرتد

ولو ادخل فصيلا في بيته او دينارا في محبرته وعسر اخراجه كسر عليه وان نقصت قيمته عنها ولو لم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل والدينار الارش سواء كان بفعله او لا (متن)

فرع هل يجوز غصب الخط ابتداء ليخاطبه الجرح اذا لم يوجد خط حلال قال في التذكرة الوجه ذلك في كل موضع لا يجوز فيه النزاع وكل موضع يجوز فيه النزاع لا يجوز (قوله) * - ولو ادخل فصيلا في بيته او دينارا في محبرته وعسر اخراجه كسر عليه وان نقصت قيمته عنها * - اذا ادخل فصيلا بيته بتفريط منه عمدا او سهوا او بظن انه له ولم يمكن اخراجه الا بنقض الباب بنقض الباب ولا غرم على صاحب الفصيل لانه لم يوجد منه عدوان ووجه ظاهر كما في مجمع البرهان وفي المسالك انه لا اشكال فيه وقد نص عليه في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد ولا فرق في ذلك بين كون الفصيل انتقص قيمة من نقض الباب وهدمه او لا وكذلك الحال لو ادخل دينارا في محبرته كذا عني عمدا او سهوا او غلطا وعسر اخراجه يعني انه لم يمكن الا بكسر المحبرة فانها تكسر وقد نص على ذلك في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد (قوله) * - ولو لم يكن بفعله غرم صاحب الفصيل والدينار الارش سواء كان بفعله او لا * - اي ولو لم يكن ذلك بفعل صاحب البيت والمحبرة غرم صاحب الفصيل والدينار ارش نقض الباب وكسر المحبرة سواء كان بفعله ام بفعل غيره كأن ادخله ظالم او دخل بنفسه وقد نص على ذلك كله في مسألة الفصيل في المبسوط والمسالك الخمسة التي ذكرت بعده آنفا لانه لما انتقض لتخليص ملكه وفي مجمع البرهان ان الوجه في ذلك ظاهر وفي المسالك انه لا اشكال في ذلك اذا كان بفعله بغير اذن صاحب البيت وان كان بغير فعله او باذنه فالشهور ذلك (قلت) ما خالف فيه احد ممن تعرض له وانما خالف فيه بعض الشافعية قال لا يضمن صاحب الفصيل شيئا لانه لا تفريط منه وقد اخذه صاحب المسالك فقال ويشكل بان التخليص والمصلحة قد تكون مشتركة بينهما بل هو الاغلب وقد تكون مختصة بصاحب الدار بان لا يكون لصاحب الدابة حاجة الى اخراجها لصهرها او لعدم صلاحيتها للانتفاع بوجه من الوجوه وصاحب الدار يحتاج اليها في موضع الدابة عاجلا والغرض انتفاء التفريط (قلت) الظاهر ان الحكم في كلامهم مبني على الغالب من ان بقاءه في الدار مظنة تلفه وهلاكه فيجب اخراجه على مالكه لمكان اتمام نفسه فالمقصود بالقصد الاول اي اولا وبالذات خلاص الحيوان وحاجة صاحب الدار لموضع الدابة جاء بالتبع وحينئذ فلو طلب ذبحه واخراجه قطعاً من دون نقض الباب اجيب اليه الا ان يفسد شيئا من الارض بالدم وينزع المالك منه فلا يجاب على ان لنا تمللا في اصل الحكم كما يأتي في مسألة القدر وقال في التحرير في مسألة ما اذا ابتلع الحيوان جوهر او مسئلة الفصيل وما معه انه لو قال من عليه الضمان انا اتلف مالي ولا اغرم شيئا فله ذلك (وفيه) انه اذا وجب عليه تخليص مال الغير في صورة التفريط وحفظ نفس الحيوان كيف يستقيم ذلك هذا وقد يكون ما في التحرير مختصا بكلامه الاخير وهو ما اذا ابتلع الحيوان جوهر او فيوافق ما في التذكرة لانه قال فيما اذا ابتلع جوهره كما حكيناه عن التحرير وقال فيما اذا ادخلت دابة رأسها في قدر الغير انه لا يجاب اذا قال انا اتلف مالي ولا اغرم شيئا وقد نص على ذلك كله ايضا اي ما في الكتاب في مسألة الدينار في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد وقيد في الاخير بما اذا لم يكن صاحب المحبرة غاصبا للدينار ووجه القيد واضح لان الغاصب يجب عليه ايصال الملك الى مالكه وجميع المون عليه وهو جار ايضا في صاحب البيت وانما يحتاج الى التوجيه ضمان صاحب الدينار ارش كسر المحبرة في صورة ما اذا وقع فيها من دون تفريط من احدهما فقد قالوا انه لتخليص ملكه وهما مشتركان في ذلك كما مر مثله عن صاحب المسالك (وقد يوجه) بان تركه يضر بصاحب المحبرة فاذا غرم صاحبه كسرهما فلا ضرر على واحد منهما (وفيه) ان الضرر يندفع عنها ايضا بما اذا ضمن صاحب المحبرة الدينار وبقائه فيها من دون كسر لاحدهما كما له ينهم من كلام الدروس فيما يأتي ولا يجي ذلك في صاحب البيت بالنسبة الى الفصيل لان

ولو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المعبرة وامكن اخراجه بكسره هو كسر ولو ادخلت دابة رأسها في قدر واحتيج الى الكسر فان كانت يد مالك الدابة عليها او فرط في حفظها ضمن وان لم تكن يده عليها فان فرط صاحب القدر بأن جعلها في الطريق مثلاً كسرت ولا شيء له ولو اتنى التفريط عنها كسرت وضمن صاحب الدابة لان ذلك لمصلحته (متن)

بقائه فيه يقضى بهلاكه ونفسه محترمة والجماعة قد اطلقوا الكلمة كما عرفت (وليعلم) ان كلامهم في المقام يوافق كلامهم في باب الوديعة فبما اذا حمل السيل حماً الى ارض الغير وكلامهم في باب الديت فيما اذا دخلت دابته زرع المحنوف بزرع الغير وقد ذكرنا هناك انه يلحظ الاكثر ضرراً فيجب الاخر على الازالة فان تساوى اجيب من بذل الارش واجير الاخر فان تساوى او امتنع فاقرعة (قوله) ﴿ ولو نقصت قيمة الدينار عن قيمة المعبرة وامكن اخراجه بكسره هو كسر ﴾ كما في جامع المقاصد وهو مفهوم كلام الدروس وستسه وفي كلام التذكرة ما ينه عليه ووجهه في الاول بوجوب ارتكاب اخف الضررين عند التعارض وقال هذا اذا لم يكن معبرة لتأصّب وقضيته ان لا تفريط من صاحب المعبرة وبقيده اطلاق الكتاب ويكون المراد من كلامه الاول لا تضمن انه اذا لم يكن تقصير من صاحب المعبرة انها تكسر ويغرم صاحب الدينار ارشها اراد ان بين هذا انه لو نقصت قيمته عن قيمتها وامكن اخراجه بكسره كسر وقضيته انه لو لم تقص قيمته كسرت ولم يستبعد في جامع المقاصد كسر الدينار سواء زادت قيمته او نقصت لانه يقبل اصلاح والاصلاح بسرعة وسهولة اذ ليس التجديد السكة بخلاف المعبرة قال نعم لو زاد نقعه على قيمة تقصان المعبرة اتجه كسرها وضمان الارش انتهى وهذا ايضا يتضي بان لم يكن بتفريط صاحب المعبرة وقال في الدروس لو ادخل ديناراً في معبرته وكانت قيمتها اكثر ولم يمكن كسره لم تكسر المعبرة وضمن صاحبها الدينار مع عدم تفريط مالكه انتهى ومفهومه كما قلناه بل كلامه يدل عليه بالاولية ويحمل قوله ادخل على انه كان باذن مالك الدينار لكن يكون قوله مع عدم تفريط مالكه للايضاح فتأمل وقال في التذكرة لو غصب شخص ديناراً فوقع في معبرة النير بنعل الغاصب او بغير فعله كسرت ليرده وعلى الغاصب ضمان المعبرة لانه السبب في كسرها وان كان كسرها اكثر ضرراً من ببقية الواقع فيها ضمنه الغاصب ولم تكسر (قوله) ﴿ ولو ادخلت دابة رأسها في قدر واحتيج الى الكسر فان كانت يد مالك الدابة عليها او فرط في حفظها ضمن وان لم تكن يده عليها فان فرط صاحب القدر بان جعلها في الطريق مثلاً كسرت ولا شيء له ﴾ كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وجميع الدرهمان وهو الذي اوجز في كلام الارشاد والدروس واهله لما اراد في الشرائع المحافظة على كلام المبسوط مع اختصاره وقع في كلامه مسامحة لاختلاف الحكم (المراد بضمان صاحب الدابة الى تقدير تفريطه ضمان القيمة ان لم يكن لمكسور القدر قيمة وضمان الارش ان كان المكسور قيمة نكته في التذكرة فصل فقال ان كانت غير مأكولة اللحم لم يجز ذبحها ووجب كسر القدر وضمن صاحبها ارش نقصان القدر وان كانت مأكولة اللحم فهل تذبح او يكسر القدر الاقرب ذبحها لانه يتمتع بلحمه فيقتل الضرر على صاحبها وقال في الدروس لو كان كسرها اكثر ضرراً من قيمة الدابة او ارشها احتمل ان تذبح الدابة وقضيته انها تذبح ولو كانت غير مأكولة اللحم ترجيحاً لاختلاف الضررين ولعل اطلاق الباقي لما تقدم من ان لا يحسن حرمة في نفسه ومتن الذي (ص) من ذبح الحيوان لغير اكله فلا يجوز اتلافه لذئ ما كولا كان او غير ما كولا فتأمل (قوله) ﴿ ولو اتنى التفريط عنها كسرت وضمن صاحب الدابة لان ذلك لمصلحته ﴾ كما في المبسوط وجميع ما ذكر بعده على المسالك وقد سمعت احتمال الدروس قال في المسالك انه المشهور لكنه يشكل مع عدم التفريط تضمنين

ولو نقصت قيمته ليب ثم زال العيب في يد الناصب فلا ضمان مع بقاء القيمة **الفصل الثالث** في تصرفات الناصب **ويحرم عليه كل تصرف سوى الرد فلو وطى الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر امثالها (متن)**

صاحب الدابة لان المصلحة قد تكون مشتركة وقد تكون مختصة بصاحب القدر او غالبه خصوصاً اذا كان ما يبقى من القدر بعد الكسر له قيمة فان حفظ القدر مصلحة لكها وقد تكون قيمة القدر او ارشه يزيد عن قيمة الدابة على تقدير اتلافها فالزام صاحب الدابة زيادة عن قيمة دابته بعيد وايضا فقد تكون مأكولة اللحم فلا يفوت عليه بذبحها ما يقابل القدر او ما يفوت منها وكون المقصود خلاص الحيوان لانه ذو روح لا يتم مطلقاً لانه على تقدير صلاحيته للذبح لا يتعين تخليصه ببقائه فيكون حكمه حكم القدر مع اشتراكها في عدم التزيط انتهى وكل ذلك ليس بشي في نظر الشيخ والجماعة واكثر العامة خصوصاً اذا كان الحيوان غير مأكول لان الحيوان حرمة في نفسه وقد نهى (ص) عن ذبحه لغير اكله كما تقدم وانما يذكر ان مالمسك به في المسالك احتالاً غير موصوف بقوة ولا قرب الا ماسعته عن التذكرة في مأكول اللحم نعم قال في جامع المقاصد في بيان وجه عدم الاشتراك في المصلحة كما يأتي ان فيه مافيه وفيه مافيه ومعنى اشتراكها في المصلحة حيث تكسر القدر ان تخليص ما يبقى من القدر بعد الكسر يحصل بالكسر فيشتريان في المصلحة فيكون الارش بينهما اما لو لم يبق لمكسور القدر قيمة فان الاتلاف يكون لمحض تخليص الدابة (والجواب) عن ذلك مثل ما تقدم في مسألة النصيل من ان ما يبقى من القدر غير مقصود بالذات وانما المقصود أولاً وبالذات خلاص نفس الحيوان وما ذكره في المسالك في بيان الاشتراك في المصلحة واختصاصها بصاحب القدر لم يتضح لنا وجهه لانه ان اراد بالمصلحة في قوله لان المصلحة المصلحة في التخليص بكسر او غيره كان فيه مالا يخفى ولم يتجه قوله خصوصاً الى اخره وان اراد المصلحة في الكسر كما هو صريح كلام الجماعة فليس هناك الا الاشتراك كما بيناه ولا يتصور اختصاصها بصاحب القدر ولا يصح قوله خصوصاً فليحفظ ذلك فانه ربما دقوا فرطاً معاكست النذر ايضاً وضمن صاحب الدابة لانه لمصلحة كما لو لم يفترط نص عليه في التذكرة وحكاها عنها في جامع المقاصد ساكتاً عليه لكن في مجمع البرهان لو كان كلامهم مبرطين فلا ضمان (قوله) **ولو نقصت قيمته ليب ثم زال العيب في يد الناصب فلا ضمان مع بقاء القيمة** **اي بعد الزوال وهذا قد تقدم التنبيه عليه في او اخر الفصل الثاني عند قوله ولا يجبر المتجدد من الصفات ما خالفه من التالف وحكيانه هناك وحكيانه عن المبسوط وغيره فيما اذا كان سميماً فزول ثم سمن ان الثاني يجبر الاول وعن التذكرة وغيرها انه لا يجبره وانه يضمن لان الثاني مال متجدد المالك والاول مال ذاهب والخلاف آت هنا فيقال أن العيب موجب للارش ولا دليل على سقوطه ونظر المصنف الى أن الاصل عدم الضمان ولا إجماع إلا في المتغايرين كما تقدم بيان ذلك كله وعنوان المسئلة أن الزائل هل يجبر بالعائد أم لا**

الفصل الثالث - في تصرفات الناصب

(قوله) **ويحرم عليه كل تصرف سوى الرد** **هذا صريح في ان الرد ليس بحرام وان كان حينه غاصباً لما لا ضمان لان التحريم يمنع لكون الرد واجباً وبه صرح في جامع المقاصد وقد تقدم بيان ذلك عند قوله ويجب عليه الرد وحكيانه عن جماعه في مثله كالأزاني والداخل دار الغير غصبا والمرتد عن فطرة انهم قالوا ان كلامهم مكلف بما لا يطاق كما تقدم تفصيله هناك ثم انه لا معنى للاقتصار على الرد بل غيره مثله مما يتعلق بحفظ العين كسقيها وعلفها وازالته ما يضرها (قوله) **فلو وطى الجارية جاهلين بالتحريم فعليه مهر امثالها** **كما في المبسوط والسرائر والشرائع والتحريم والمسالك ومجمع البرهان وكذلك جامع****

(مق)

اوعشر قيمتها مع انكاره وصفه مع الشيوعية على الخلاف

المقصد وفي شرح الارشاد لمصر لاسلام انه قوي مع انه قد احتيد في التجريد وشرح لارشاد مصر
الاسلام وحامع لمقاصد والمك في رب بيع الحيوان وداظهر استحقاق لامة لموضوعة انه يعمر
العشر مع الكرامة وصفه لامة ومعرفة لورد لا تقدر مع انما الطريق فليتهن وهذا دام يقدر عليها
كم صرح به في حلة مذكر لا كل وصي غير حرام كذا موضح ذلك اقوله () وسرقيته
مع الكرامة وبه مع الشيوعية () هـ () هو () القول الثاني وقد حكاه في اسر ربح بعض اصحابنا وانه
جماعة ودهنه ورد في شري حرة وود وكادت حله لاورد ربحه في بعضها وانه يزداد
شرقيته ولا يقاس غير ذلك عليه () قد شرر ذلك في صحيحه ان () من است ()
عليه السلام عن رجل شترى حرة مبيع لها فوصف قل يردده على امرته به ويزد عليه ويزد
قيمتها سكرها ولى حصة () من مروي () كما () ايسر في سكر به به () لا () ترد () على
وترد مع نصف عشر قيمته وقل في ميه وثيرة عد للثلاث مروي به يزداد سكر شمر واهي
حرف فيمن موي محمد () رشح () سيد () ر () وقد روى اسير في حسن () ملك () و
من في سكر به عليه السلام في ارجح يستري () رية وهي حلي فيطاه قل () به ويزد () ()
كاتب حلي وحله في التهديد على العبد من اروي والصح دستة () من طين () ر () اول
() في الكوفي بعد () روى حصة لاولي وفي رواية حري سكر كبر مصرقيته و () لم
تكن سكر () سرقيته وقد استوفى الكلام في مساله من شترى () موي به () في
رب ابي () لا يريد عليه وهو من متردات الكتاب () وهذا القول () حله () ان () في
لارشاد واشهد في الدروس () في مجمع () () دليله الجمع بين الاحاد () حل () على اسكر
وصفه على اليب قال ويؤيد ما قل في الكوفي بعد نقل حصة عد للثلاث مروي به رية احدي ان
كانت سكر مصر () بها وان تكن سكر () نصف عشر ثموا وقال () تعلم نصف هذا () يل لانه
قيس مع () سكر العلة هذه دليل عليه مع موي صله ادرويت التحيل غير صاهرة لمة ولا يقية السد
وقد حصل في التهديد في رواية عد للثلاث العاط من اسح مان يكون حذف () عاط ثم قل
ان هذه الرواية لو كانت مخصوصة بحمله على من يطا () رية مع العلم () حلي وحيد بلومه شر
قيمتها عقوبة وان يلزم العبد مع الحمل () قلت () هذا () حيل ماشار اليه ان ادريس () لاولي ان يستدل
وحوب العسر قول امير المؤمنين () ع () في حله طلعة () ريد اذا اعسب الرجل () فاقعها عليه سكر
ثمها فان كانت حرة عليه الصدق و () رسله في الموسط كما استسمع وبالاخبار اورد في () سكر
التخصه ان من وطى امة غيره بعد ادبه عليه ذلك () يستدل () على نصف امة () اليب بعد اتم ()
بالحل او يستدل تا ورد صحيح في التحيل () قد سل الصادق () ع () اريت ان حل () حريته احل
لاحيه مدون فرحا فله الشبهة () قضها قال يعمر اصحابا شرقيتها ان () سكر او ان لم يكن
سكر () نصف عشر قيمتها () () في صحيح () في حله تروح امرأة فوحده () مة قد () سكر الى ان
قل () ع () ولوالها عشر قيمتها ان كانت سكر او ان كانت غير سكر () نصف عشر قيمتها () وقد () سكر
الشبهة على هذا القول فبا اذا ظهر استحقاق الامة الموطونة في حصة كتب وحكي عليه الاصح في
الخلاف وظهر ايضاح النافع واقفي به في عشرة كتب كما تقدم بيان ذلك كله مستوفى () لا يريد عليه
في باب بيع الحيوان وتعرضنا له في باب العيب والشروط والطاهر () الطريق () () كلفه () حافاي () احار
وطى () احد الشريكين الامة المشتركة فانها قد تضمنت العشر وصفه فان من لاحت احار هذه المسألة
حصل له الفلن القوي لو القطع بانه يلزم الواطى () احد الامرين الشر او وصفه في وطى كل مملوكة للنير

(متن)

ويحتمل مع البكارة الاكثر من الارش والعشر

او مشتركة مطلقا حتى لو كانت هي الشريكة بان اعتق نصفها (وليعلم) انه قال في الدروس ولو وطى الامة وهي جاهلة حدّ عليه المهر وهو العشر او نصفه على تقدير البكارة والثبوت وقيل مهر المثل واختاره ابن ادریس وقصر العشر فيمن اشترى جارية فظهرت حاملا بعد وطئها قد سمي العشر ونصفه مهرًا وبذلك عرّف فعرّ الاسلام حرفا فعرفا ومعناه انه المستفاد من الاخبار وكلام الاصحاب فيكون ذلك هو المراد من هذه الاخبار فلا يصح الاستدلال بها على انه يجب ببكارة فيما اذا وطى البكر شي. زائد وهو العشر فوق المهر الذي هو العشر كما سيأتي والى هذين القولين اشار المصنف بقوله على الخلاف وهناك (قول ثالث) اشار اليه في الشرائع بقوله وربما قصر بعض الاصحاب هذا الحكم على الوطى. بعقد الشبهة وخوفه ما في التذكرة ولم نظن بقائله ومعناه ان الحكم يوجب مهر المثل او العشر ونصفه مقصور على مالو وطى القاصب بعقد الشبهة بان توهم حلها بالعقد من دون اذن سيدها لان منفعة البضع لاتضمن بدونه كما يظهر في الزانية فلا يجب السعي في العقد لفساده بل مهر المثل او ما في معناه لانه المقدّر شرعا حيث بان فساد العقد (وفيه) ان عدم ضمان منفعة البضع بدون العقد بمنوع كما يظهر ذلك في وطى الشبهة (قوله) * - ويحتمل مع البكارة الاكثر من الارش والعشر * - اختلف الاصحاب فيما لو كانت الحارّة بكرا واتضا بالوطى في انه هل يدخل ارش الجنابة بازالة البكارة في مهر المثل على القول به بان يوجب مهر امثالها بكرا وفي العشر على القول الاخر او يدخل في العشر ان قلنا به ولا يدخل في مهر المثل ان قلنا به على ثلاثة اقوال (الاول) انه يدخل مطلقا وهو خبر التحريم لان البكارة ملحوظة على تقدير وجوب المهر او العشر ويؤيد باعتبارها الواجب ولو وجب ارش البكارة منفردا لزم وجوب مهر ثيب لابكر كما لو اقتضا باصبعه ثم وطئها فلا وجه للجمع بينهما واستسمع توجيه هذا القول لمحمّد (الثاني) التفصيل المذكور وهو خيرة الدروس فما نسب اليه في جامع المقاصد من الدخول على الاطلاق غير صحيح (والثالث) انه لا يدخل مطلقا كما هو خيرة المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد وبيع الروضة والسرائر على ما فهمه منها في الايضاح وقد فهمه في المسالك من عبارة الشرائع وليس الامر كذلك كما يأتي بيانه في مسئلة ما اذا اقتضا باصبعه (ووجهه) ان الوطى استينافا منفعة البضع وازالة البكارة جنابة فلا يدخل احدهما في الاخرى وملاحظة البكارة في مهر المثل او العشر لا تقتضي بالتدخل لان ملاحظتها من حيث ان وطى البكر خلاف وطى الثيب في الحقيقة ذلك ملحوظ باعتبار الوطى لا باعتبار الجنابة فعلى هذا يجب للبكارة شي زائد فهو (اما) العشر كما هو خيرة المبسوط وحدود النهاية والسرائر والارشاد والكتاب وغيرها كما في كشف الثام فيلزمه عشرين كما يأتي بيان ذلك وقد قال في المبسوط بعد ان حكم بوجوب المهر فيما اذا كانا جاهلين فان كانت بكرا فعليه ارش البكارة وقيل انه عشر قيمتها رواه اصحابنا ولعله اشار الى قول امير المؤمنين (ع) في خبر طلحة بن زيد والى الاخبار الاخر في باب النكاح كما تقدم ذلك كله وقد عرفت ما فهمناه من هذه الاخبار وانما جرينا بذلك على ما فهموه وكذلك اولئك يستدلون في باب الحدود على العشر بخبر طلحة الوارد في النصب من دون فرق بينه وبين غيره (واما) الارش نظرا الى نقص المالية كما هو خيرة حدود السرائر لدخوله في عموم الجنائيات وانتفاء النص عليه بخصوصه (واما) اكثر الامر من العشر والارش وهو خيرة المختلف على ما حكى وجامع المقاصد نظرا الى ما سبق من ان الواجب على القاصب في الجنابة التي لها متمد اكثر الامر من فتكون الاحتمالات ثلاثة لكن قول المختلف يرجع بالاخرة الى قول ابن ادریس فقول المصنف ويحتمل اشارة الى الاحتمال الثالث فيكون ممن يذهب الى عدم دخول ارش البكارة في الواجب بالوطى من مهر المثل او العشر وان الواجب اكثر الامر من كما هو خيرة في المختلف وهذا هو الذي فهمه المحقق الثاني من العبارة وقال وتحيل انه احتمال برأسه معادل للقولين السابقين وهم واحتج على

ومع المقد جاهلين الاكثر من الارش والعشر ومهر المثل ولو اقتضها باصبه عليه دية البكارة (متن)

بطلانه بامور ثلاثة لاحاجة لذكرها لوضوح الامر عندها وقال ان كلام الشارح الناضل لا يكاد يتحصل منه ما يعول عليه وهو كذلك قال وكلام الشارح الاخر قاصر (ونحن نقول) ان القول بالتدخل هو الموافق لاحد البرائة وظاهر اخبار المسئلة في العشر ونصفه كما سمعت ومهر المثل حيث تضمنت ان كل وصى موجب لذلك وانه عوض المنفعة ولم يذكر فيها بطريقها شي آخر وكذلك اخبار وطى احد الشريكين على كثرتهما والسكوت في مقام البيان دليل الحصر فيكون موجبها بطريقها ان الدخول الموجب لازالة البكارة في مثل هذه الجارية كذا وكذا ويشهد له عدم تعرضهم لذلك في العرة ومن البعيد علي هذا الجواب شي آخر لبعض الازالة لانها نقص في ثلثية لان هذا النقص داخل في مهر والعشر وليس التفاوت بين الرطين بحض انه وصى البكر بل ملحوظ فيه انها قد فتت بكارتها واذا اخذها آخره يحصل لها الامهر قليل اوقات تلك البكارة (وباجملة) الاصل دليل قوي معتضد بخبر اخبار الباب وخروج عن ذلك يحتاج الى دليل متين وقد تعرضت لكلام الاصحاب في باب بيع الحيوان من المنفعة الى الرافض ولم نجد احدا تعرض الى انه يجب للبكارة شي زاد على المهر او العشر وكذلك باب العيب وباب الشرائط نعم تعرض لذلك في المسالك في وطى احد الشريكين الامة المشتركة وفي الروضة في باب الرهن رددها بنحو ما حرره في المقام وخبر طلحة وما فهاه قد عرفت لمراد منه فليحفظ ذلك جيدا (قوله) - (ومع المقد جاهلين) الاكثر من الارش والعشر ومهر المثل - هذه من صور المسئلة وذلك لان وصى القاصب الامة المملوكة المنصوبة لا يتقوا اما ان يكونوا جاهلين بالتحريم او علمين او بالتأنيق وعلى التقادير الاربعة اما ان يحلها او لا وعلى التقادير الثانية اما ان يطاها محاربة او مكروه ومع الجلى اما ان يطاها بعقد او بدونه وقد تقدم الكلام فيما اذا وطاها جاهلا بدون عقد وكلامه هنا فيما اذا وطاها مع العقد معتقدا كل منهما صحة النكاح ولا ريب ان الواجب حينئذ مهر المثل لانه دخل على زوج المسما بالوطى وقد فات بنساق العقد فيجب مهر المثل اجمعا كما في جامع المقاصد (ويدفعه) خبر للمدلة الذي زوجها ولي لها فانه اوجب لها العشر ونعنه مع العقد مضافا الى اطلاق الاصحاب كما مروى في فاذا كانت بكرا فلاحتمالات ثلاثة (الاول) وجوب مهر المثل فقط بناء على التداخل كما مر دليله (الثاني) انه يجب مع ذلك العشر كما هو خيرة المبسوط وما وافقه او الارش كما هو خيرة السرائر (والثالث) انه يجب مع ذلك اي مهر المثل اكثر الامرين من العشر وارش البكارة لمكان الجناية بازالة البكارة وهو خيرة الكتاب وجامع المقاصد بناء على الاحتمال السابق من وجوب اكثر الامرين على القاصب فلي هذا يقول - قوله ومهر المثل بالرفع عطفا على الاكثر وهذا هو الذي يظهر من العبارة وهو الذي فهمه المحقق الثاني وقال قد فهم السيد الشارح من العبارة ان الواجب اكثر الامور الثلاثة والظاهر انه وهم لان الواجب بالمقد مهر المثل فلا يتصور وجوب العشر او الارش لو كان اكثر وهذا الفرع من متفرعات المصنف في هذا الكتاب والا فالاصحاب اطلقوا العبارة فيما اذا كانتا جاهلين بان عليه مهر امثالا او العشر ونصفه من دون تفصيل بين ما اذا كان عند عليا ام لا (قوله) - (ولو اقتضها باصبه عليه دية البكارة) - كما في المبسوط ما للترايع والتحريم وجامع المقاصد والمسالك وكذا المختلف غير ان في المبسوط والتحريم ارش البكارة وفي حدود النهاية والسرائر والكتاب والارشاد لزمه عشر قيمتها وفي السرائر انه مروي وله اشار الى رواية طلحة وغيرها مما تقدم فليتأمل ونسبه في المسالك هناك الى الشيخ والاكثر وحكوا القول بالارش عن ابن اديس كما تقدم بيان ذلك كله وفي جامع المقاصد يجب بالنسبة الى القاصب اكثر الامرين واطلق في حدود المسالك استحسان وجوب اكثر الامرين لان الارش على تقدير زيادته بسبب نقص حدث في المال بجهائيه فيكون مضمونا ويوافقه ما حكيناه من المختلف فيما تقدم ولعل المصنف فرض في غير القاصب

فان وطنها مع ذلك لزمه الامران وعليه اجرة مثلها من حين غصبها الى حين عودها فان احبلها لحق به الولد وعليه قيمته يوم سقط حيا وارش ما نقص من الام بالولادة ولو سقط ميتا فاشكال ينشأ من عدم العلم بحياته ومن تضمين الاجنبي (متن)

والا لكان ينبغي اكثر الامرين (قوله) * فان وطنها مع ذلك لزمه امران * - اذا وطنها بعد ان اقتضها باصبعه لزمه ارش البكارة او ديتها او اكثر الامرين ان كان غاصبا ومهر المثل او نصف الشر كما قد سمعت ما في المبسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وكذا التذكرة والمختلف على اختلافهم في ذلك لانها امران محتلان فازالة البكارة جناية والوطى استيفاء منفعة البضع فلا يدخل احدهما تحت الاخر ومن عبارة الشرائع هنا فهم في المسالك انه ممن يذهب الى عدم التداخل فيا اذا اقتضها بالوطى مع ان هذه العبارة عبارة التحرير ايضا وقد نسب اليه هو القول بالتداخل ولعله يذهب الى انها من سنخ واحد (قوله) * - وعليه اجرة مثلها من حين غصبها الى حين عودها * - كما في المبسوط والشرائع والتحرير وفي جامع المقاصد ان فيه شيئا لانه قد ضمن منفعة البضع المستوفاة ومراء انه يضمن اجرة مثلها في غير زمان الوطى لانه قد ضمن منفعة البضع في وقته فلا بد من استثنائه من الزمان وقد تبعه على ذلك صاحب المسالك (لعله) في غير محله لان المراد باجرة المثل ما يبذل اجرة في تلك المدة لامثال هذه الامة على الوصف التي هي عليه من قبول الصنعة الواحدة او الصنائع المتعددة التي من جعلتها الصنعة العليا فيضمن حينئذ اجرة مثل الاعلى كما تقدم فيصير المراد انه يضمن اجرة غزلها لو كانت صنعتها الغزل من حين غصبها الى حين ردها واما منعة البضع فلا تضمن بالنوات وليس له اجرة ولا يضمن القاصب لاجارية مبرا ولا عقرا وانما يضمن اجرة الخدمة الثابتة خاصة ان لم يكن لها صفة اعلى منها وان لم يستخدمها فلم يتجه استثناء زمان الوطى لانه قد ضمن منفعة في وقت الوطى (سلمنا) وما كان اىكون فلم لا يكون مثل ما تقدم من ان القاصب يؤخذ منه اجرة الدابة والثوب ونقص ما حصل فيهما وان كان ذلك انما حصل بسبب الاستعمال الذي اخذ اجرته فتأمل جيدا (قوله) * - فان احبلها لحق به الولد وعليه قيمته يوم سقط حيا وارش ما نقص من الام بالولادة * - كما صرح بذلك كله هنا في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والمسالك وجميع البرهان والدروس في الحكيم الاوئين (وقد) حكى الاجماع على الحاق الولد به وانه حر في مسئلة ظهور استحقاق الموطونة في باب البيع في المبسوط والخلاف وذلك لكان الشبهة في المقامين (وخولف) في المنفعة والنهاية فعلم فيها برقية الولد الا ان يرضيه الاب عنه بشي وهو شاذ (وجزم) في المبسوط وغيره هناك بان على الاب قيمته لاسولى واستدلنا عليه هالك بالمرسل والموثق وهما منجبران (واستدلنا) على تقويمه رقا يوم سقوطه حيا بانه اول حالات انفصاله واول حالات امكان تقويمه لان ذلك وقت الحياولة بينه وبين سيده وقلنا لا يقوم حملا لعدم امكان تقويم الحمل (واما) وجه وجوب دفع ارش نقصان الام بالولادة فظاهر لاخلاف فيه كما في غاية المراد لانها مضمونة لكان القصب بسبب النقص كان منه (قوله) * - ولو سقط ميتا فاشكال من عدم العلم بحياته ومن تضمين الاجنبي * - الاصل في المسئلة ما قاله في المبسوط قال لو احبلها القاصب جاهلا بالتحريم ثم ولدته ميتا لم يضمن القاصب قيمة الولد لانه لا يعلم كونه حيا قبل هذا ولانه ما حال بينه وبين سيده في وقت التصرف ولو ضربها اجنبي فالقتل اجنبي ميتا فعلى الضارب الضمان لان الاقواء عقيب ضرب بطها مسقط للوند غابا بخلاف ما اذا سقط لنفسه لان الاصل الموت حتى يعلم غيره وقد استشكل الفرق المحقق في الشرائع والمنسف هنا وفي المختلف وفي غاية المراد انه ضعيف وغرضهم ان عدم العلم بحياته ثابت في المسئلتين فان كان موثرا في عدم الضمان فلا اثر للضرب (قلت) الشيخ يستند في الضمان في ضرب الاجنبي الى الاجماع كما يؤذن به كلامه في موضع من دليات المبسوط او الى ما رواه اصحابنا كما في دليات

السرائر ولا يفرق بين كونه حيا وميتا والتعليل هنا تقرب لا انه علة لكن قد يرد عليه في حكمه بمدم ضامه اذا سقط ميتا لا بجناية ان يد التاصب يد ضمان فينبغي ان يضمنه ايضا الا ان يقول انه لما كان محكوما بعريته كان غير مضمون لان الحر لا يدخل تحت ضمان يد التاصب كما نبه عليه المحقق فيما يأتي لكن ذلك يقضي بان لا ضمان على التاصب ولا رجوع للمالك عليه وان وقع بجناية اجنبي مع ان المصنف وغيره سيمسرحون بان له الرجوع على التاصب ولعل الوجه فيه انه اذا جنى عليه الجاني يكون قد فوت على المالك قيمته لو ولد حيا وذلك كان تحت يد التاصب فيضمنه "اي التاصب" لمكان الجناية وتنويت المال تحت يده لا لكونه تحت يده فقط ويستتر الضمان على الجاني وبعبارة اخرى ان عدم ضمانه الحر وانتفاء دخوله تحت اليد انما يمنع من الضمان حيث لا جناية بان يسقط لنفسه واما اذا جنى عليه اجنبي فالجناية مضمونة لا محالة وقد ادى الحال الى التزم وسببه التاصب "وفيه" ان المتقضي للضمان في حق التاصب هنا متف اذ لا جناية منه واليد ليست سببا في ذلك كما هو ظاهر مع ان المفروض انه حر لا يد عليه فوجوب القيمة على الاجنبي لا يستدعي الوجوب على التاصب مع انتفاء سببه ويرشد الى ذلك ما ذكره فيما اذا غصب الجارية وباعها فوطنها المشتري فان جماعة منهم قالوا ان ليس للمالك ان يرجع به الجارية على التاصب لان البضع لا يدخل تحت اليد والتاصب لم يستوف منفعة واليد ليست سببا وانما يرجع به على المشتري والمصنف سيستشكل في ذلك فيما يأتي والطريق في المسئلتين واحد لان البضع كالحرم مع زيادة هنا وهي ان الجارية مملوكة وسببية اليد هنا ممكنة فليحفظ انه دقيق "لكن" الشيخ استدل في هذا الباب في عدم ضمان التاصب له لو سقط ميتا لا بجناية سواء كان جاهلا بمجرمة الغصب والزنا او عالما الى عدم العلم بجنياته وهذا وحده ان تم في الجاهل وما كان ليكون لا يتم في العالم لان الجنين محكوم بوقته قطعا فيكون مالا صرفا كعمل البهيمة مضمونا على التاصب سقط ميتا او حيا كما يأتي عن المحقق وقد وافق الشيخ في عدم الضمان فيما نحن فيه المصنف في التحرير والشهيد في الدروس ولعلها استندت الى عدم جنائته وعدم ضمانه باليد لعدم تحقق حياته كما نبه عليه في الايضاح ولعل الاستناد الى انه محكوم بجريته فلا يضمن اولى "ثم" ان قضية هذا التعليل انه لو علمت حياته بجني اربعة اشهر كما هو المشهور او خمسة كما رواه الصدوق وسقط بعد ذلك ميتا انه يضمنه والفرق غير واضح مع انها يقولان بالذبح لو سقط بجناية جان علمت حياته او لا وقد تقرر ان يد التاصب يضمن بها كل ما يضمن بجناية جان وهي قاعدة مقررة فلا بد لها ان يرجع الى ما حررناه في توجيه كلام الشيخ فليتأمل الا ان تقول القاعدة في غير الحر "والضمان" هنا خيرة الارشاد على الظاهر المتبادر من عبارته وجامع المقاصد والمسالك فيضمن دية جنين امة وقد يلوح ذلك من آخر كلام الايضاح ولعلهم يستندون الى القاعدة المذكورة وذلك يقضي بان يد التاصب يد ضمان وان حكم بجريته وذلك يخالف القاعدة الاخرى وهي ان الحر لا يضمن الا في ثلاثة مواضع اجماعا او يستندون الى ان الظاهر انه كان حيا لانه لا يكمل البدن الا مع الحيوة كما وجهه في مجمع البرهان وهو ايضا كما ترى يخالف القاعدة الاخرى ثم ان الواجب مع العلم بالحيوة قيمته يوم سقوطه حيا لادية جنين امة وهي عشر قيمة امة "والذي اراه" ان كلامهم جميعا غير محرز في هذه المسائل الاربعة وهي ما اذا سقط الجنين بجناية او بدونها مع العلم او الجهل وذلك لان الذي صرحت به عباراتهم وافصحت به رواياتهم في باب الديات ان جنين الامة اذا لم تلجه الروح او لم تعلم حيوته له مقدار شرعا وهو عشر قيمة امة وقت الجناية وان ولجته الروح بقيته يوم سقوطه حيا ومن العلوم انها اذا كانت عالين بمجرمة الزنا والتصب كان الجنين رقيا ومالا صرفا لمولى الامة وهو مضمون على التاصب سواء سقط بجناية ام لا فعاله كحال حمل البهيمة وان كانا جاهلين كان محكوما فيه بامر ين بكونه حرا وبكونه ثا ملك المولى لانهم جزموا بان على الاب قيمته للمولى يوم سقوطه حيا لانه ثا ملكه فان لحظنا الحرية قلنا يد التاصب ليست يد ضمان وان

واما اذا وقع بجناية فالاقوى الضمان (متن)

لحظنا المالية قلنا بالضمان وان لم يكن عليه جان "ثم" ان الشيخ ذهب في موضع من ديات المبسوط الى انه اذا ضرب بطن امة فالقت جنيئا ميتا انه يلزمه عشرة قية امه ولا يفرق بين كونه حيا وميتا وعليه بني في هذا الباب وهو خلاف ما عليه الاصحاب لانهم يذهبون الى انه اذا علمت حيوته وسقط بجناية جان ميتا كان عليه قية مملوك حي وقد فهموا من عبارته التي سمعتها في صدر المسئلة في النرق بين سقوطه ميتا ولا بجناية وبين سقوطه بالجناية انه في الاول لم تعلم حيوته وفي الثاني ان حيوته معلومة وان الموت كان بسبب الجناية كما صرح بذلك الشهيد في عاية المراد وغيره كما هو قضية تعليه وقد عرفت انه تقريبي ولم يتبهر المذهب في الديات فوقع لهم في فهم كلامه ما وقع كما سمعت وستسمع في المسئلة الاتية وستسمع كلام المحقق فيما اذا كانا عالمين وما يؤيده وما يرد عليه (هذا) وقد استظهر في عاية المراد من عبارة الارشاد حيث قال ولو سقط ميتا فعليه الارش على راي ان المراد ارش نقص الولادة ولعله غير متجه لوجوه منها ان ذلك لاخلاف فيه فلا يصح ان يرجع الراي اليه "قوله" = "و اما اذا وقع بجناية فالاقوى ان = وفي الايضاح وجامع المقاصد انه الاصح وفي المسالك انه الوجه وقد جزم بالضمان في المبسوط والتحرير والدروس وهو لازم الارشاد تطلعا وفي عاية المراد انه لاخلاف هنا في الضمان وفي مجمع البرهان الظاهر من كلامهم عدم الاشكال في ضمان الجاني ولكن قد صرح في المبسوط والتحرير وجامع المقاصد بانه يضمن دية جنيئة امة وهو متجه على مذهب المبسوط وان علمت حيوته قبل الجناية وعلى المعروف بين الاصحاب ينبغي التفصيل بالعلم بالحياة فقيمة مملوك حي يوم سقوطه وعدمها فقيمة جنيئة امة "ويبقى الكلام" في الضامن فان كان مرادهم به الجاني كما هو ظاهر جامع المقاصد فلا معنى لقوله هو وولد المصنف انه الاصح ولا نقول المصنف انه الاقوى لانه لا ريب في ضمانه لان المفروض انه وقع بجنائته وان كان مرادهم بالضامن اياه القاصب حيث يكون الجاني غيره كما صرح به في الايضاح وهو ظاهر غيره صح قولهم الاصح والاقوى ومعنى ضمانه ان للسيد ان يرجع عليه ويستقر الضمان على الجاني "وجه" ضاره عندنا احد الامرين المتقدمين من التفويت وكونه تحت اليد او كونه تحت اليد فقط كما تقدم مع التأمل فيهما لكننا لانجد غيرهما "وقد" وجه الضمان على الاجنبي في جامع المقاصد في شرح عبارة الكتاب بما سمعته عن المبسوط من ان السقوط عقيب الضرب مسقط للولد وقد عرفت ان الوجه في ذلك عند الشيخ في الديات انه اما الاجماع او الروايات وعرفت انه لا يفرق هناك بين كونه حيا وميتا وان كان ظاهر كلامه في الباب البناء على حيوته فلا يرد عليه ما اورده عليه في جامع المقاصد من الشك في الحياة فلا اثر للضرب بل هو في غير محله كما ان جعل ذلك شرحا لبيان الضمان في عبارة الكتاب في غير محله لان هذا توجيه ضمان الجاني وكلام المصنف في ضمان القاصب والا لا صح له ان يقول الاقوى "وقد" وجه في الايضاح احتمال عدم الضمان في كلام المصنف بعدم جنائته وعدم ضمانه باليد لعدم تحقق حيوته ولعل الاولى ان يقول لعدم ضمان العهر كما تقدم لكنني لم اجدهم الموا بذلك سوى المحقق فانه نبه عليه فيما اذا كان عالما "وقد" فرق في غاية المراد بين ما اذا وقع بجناية جان وبين ما اذا سقط ميتا بان الجاني لو كان اجنبيا ضمن للقاصب دية جنيئة حر وذاك يقتضي بيموته فيضمن القاصب للمالك استحقاقه على هذا التقدير "وردة" المحقق الثاني والمقدس الاردبيلي بانه لا معنى له وانه ليس بشيء لانه لو كان اصل عدم الحياة مؤثرا لاثرت على التقديرين "ونحن نقول" قد عرفت ان الفرق بين ضمان القاصب هنا وعدم ضمانه هناك هو التفويت وعدمه وان العهر لا يضمن وعرفت ان الفرق بين ضمان الجاني هنا وعدم ضمان القاصب هناك مع عدم العلم بالحياة على التقديرين الاجماع والاخبار في الجاني وانه مفوت مالا بالاخرة ولا كذلك القاصب هناك مع ان العهر

ولو ضربها اجنبي فسقط فعلي الضارب للناصب دية جنين حر وعلى الناصب للمالك دية جنين امة ولو كانا عالمين بالتحريم فان اكرها فالمولى المهر والولد والارش بالولادة والاجرة وعلى الناصب الحد ولو طاعته حدا وفي عوض الوطى اشكال ينشأ من النهي عن مهر البني ومن كونه حقا للمالك (متن)

لا يدخل في الضمان وفي جامع المقاصد والمسالك ان الناصب يضمن للمالك دية جنين امة سواء سقط بجناية ام لا لكن على تقدير كونه بجنائه يضمن للمالك دية جنين امة وللإمام (ع) باقي دية جنين الحر قلت ليتما بينا لنا الوجه في ضمان الناصب اذا لم يسقط بجنائه واما وجه كون الباقي للإمام (ع) فهو ان القاتل لا يرث وامه رقيقة لا ترث كما لو جنى الحر على زوجته فاسقط جنيها ولا فرق بين كون الجناية خطأ او عمدا فان الناصب يضمن ذلك للمالك وان استقر الضمان على العاقلة (قوله) - ولو ضربها اجنبي فسقط فعلي الضارب للناصب دية جنين حر وعلى الناصب للمالك دية جنين امة - كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وفي غاية المراد انه لا خلاف هنا في الضمان ووجهه ان الولد محكوم بحريته لمكان الجهل فيضمن الجاني عليه لايه دية جنين حر ولما كان الناصب ضامنا لمالك قيمته كان الواجب عليه للمولى دية جنين امة وما زيد في الدروس ومجمع البرهان على انه لو ضربها اجنبي فسقط فعليه الضمان وهو جيد جدا والا فالواجب على غير المبسوط التفصيل بالعلم بالحياة وعنده وقد صرح هنا في المبسوط بان على الناصب للمالك عشر دية امة اي قيمة امة وهو متجه على مذهبه ويبقى الكلام في وجهه وقد تقدم هذا ولا يتوقف وجوب حق المولى على الناصب على اخذه الحق من الجاني بل كل واحد من الحقين متعلق بذمة غيره من دون توقف على الآخر (قوله) - ولو كانا عالمين بالتحريم فان اكرها فالمولى المهر - (قوله) او ما في حكمه اتفاقا كما في المسالك وبه صرحت كلماتهم من غير خلاف لانا غير بني (قوله) - ولو كانا عالمين بالتحريم فان اكرها فالمولى المهر - (قوله) اي له الولد لكونه غائبا وهو غير لاحق بالناصب لكونه ولد زنا وله ارش النقص بالولادة والاجرة كما صرح بذلك كله في المبسوط وبعض متأخريه وتركه الباقي لظهوره (قوله) - وعلى الناصب الحد ولو طاعته حدا - كما في المبسوط وغيره ويعد كل منهما حده (قوله) - وفي عوض الوطى اشكال ينشأ من النهي عن مهر البني ومن كونه حقا للمالك - يريد انه هل يجب المهر عوض الوطى لمولى ام لا وقد استشكل فيه المصنف لقول النبي (ص) في الغير المشهور لامر لبني وهو شامل لمحل النزاع ومن انما مال الغير بوضعها حق له فلا يؤثر رضاها في سقوط حقه كما لو اذنت في قطع يدها والاول هو المشهور كما في المسالك بل ظاهر الشهيد في غاية المراد ان المخالف نادر غير معروف حيث قال ونقل الشيخ نجم الدين عن بعضهم انه يازم الناصب عوض البضع وستعرف الذهاب اليه وهو اي الاول خيرة المبسوط والسرائر والشرائع والتحرير والارشاد وشرحه ولده والايضاح وغاية المراد وجامع المقاصد والمسالك في الباب وبعض هذه في باب البيع والشكاح والرهن مع زيادة الدروس في باب البيع وحجتهم على ذلك بعد ازالة البرائة القطعية لحجج المذكور لثبوت عدمهم بالتواتر او بالاجماع عليه لانهم ياخذونه مسلما والصوم فيه تقوي فلا يجوز حمله على فرد خاص وهو الحرة لا بدليل والمراد بالمهر المهر الذي يثبت بواسطة وطنه اسوا كان المهر لها او لميرها اني مولاها كما هو الظاهر المتبادر فلا يصح ان يستند الى ان اللام تنفيد الملكية او الاختصاص او الاستحقاق وجب ذلك منفي عن الامة ولا ريب ان في عوض البضع شائبة التبع فلا يثبت الا حيث يثبت الشارع ولم يثبت الا في

اما لو كانت بكرا فعليه ارش البكارة (متن)

النكاح الصحيح والشبهة وليس كسائر المنافع فان المولى لو رضي بوطئها على مهر لم يصح ولم يستحق شيئا الا مع العقد بخلاف سائر المنافع فلا تتحقق ما ليته مطلقا بل على وجه مخصوص "والثاني" خيرة التذكرة والمختار وبيع الروضة ورهنها وكأنه مال اليه في الدروس وهو ظاهر اطلاق بيع المعة وقوله في غاية المراد احتمله في المختلف يقضي بانه لم يلحظ اخر كلامه كما انه لم يلحظ التذكرة اصلا لان ذلك عوض المنفعة للمالك لا مهر حقيقي فلا يتناول له الحر ومن ثم لا يطلق على الامة اسم المهيرة بل على الحرة "قلت" قد طفت عبارات الاصحاب في ابواب الفقه بهر الامة وان لها مهرا وفي الاخبار انه يجوز ان يهرل مهرا عتقا ولم يطلب السيد منه بقية المهر حتى باعها ولا يضرنا انها لاتسمى مهيرة ولا ترجيح في مجمع البرهان في القام ولا في الكفاية في ملكه في باب النكاح بل قد يلوح منها ما وافقه المشهور "وقد" يستدل هذا القول بنجوى الصحيح ارايت ان احل له ما دون النرج فقلته الشهوة فاقضيا قال لا ينبغي له ذلك قلت فان فعل ايكون زانيا قال لا ويكرن خائنا ويغرم لصاحبها عشر قيمتها ان كانت بكرا وان لم تكن فنصف عشر قيمتها فان ثبوت العوض هنا يقتضي ثبوته في الزنا المحض بطريق اولي وهو جيد لو كان نصا او ظاهرا في زنا الامة ولا دلالة له على ذلك وان ادعي ظهوره من جهة ترك الاستئصال فمع بعده وانه لا معنى الاولوية حينئذ ستمسح جوابه "وقد يستدل" عليه ايضا بنجوى الصحيح الاخر في الامة المدلسة نفسها مدعية انها حرة حيث تضمن ان عليه لمواليه العشر ونصف العشر "وفيه" ان الاولوية على تقدير تسايم الامة لا تقتضي ازيد من ثبوت نصف العشر مع النوبة والعشر مع البكارة وهو غير ثبوت مهر المثل حيث يزيد على ارش البكارة فليس فيها دلالة عليه بل ولا على المسمى في صورة ما اذا كانها مسمى ويأتي تمام الكلام "وقد" قال بعضهم^(١) في باب النكاح بعد ان ناقش في التول بان لها المهر والقول بان لاشي لها ان الاجود القول بضمون الصحيحين فنحكم بالعشر مع البكارة ونضمنه مع عدمها لامر المثل فيما نحن فيه ولا المسمى في غيره اصحتها وعدم ظهور الفرق بين ما نحن فيه وموردتها مع ما فيه من استلزام الثبوت في موردتها الثبوت هنا بطريق اولي "وفيه" ان المهر للثيب انما هو نصف العشر على المختار المشهور كما تقدم فاذا قلنا انه يثبت لها نصف العشر لزمانان نقول بانه يثبت لها المهر نعم يتم هذا على القول بوجوب مهر امثالها بكرا كانت او تيساوياتي. فتمام الكلام في المسئلة الآتية (قوله) "اما لو كانت بكرا فعليه ارش البكارة" كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وشرحه لولده والمختلف واية المراد وجامع المقاصد والسالك ومجمع البرهان وفي شرح الارشاد افخر الاسلام الاجماع عليه لانها جنائية وكل جنائية مضمونة على القاصب بل ان عصبها بكرا فزال بكارتها لعرض في يده لزمه قيمتها وان لم تكن بقطعه ونحوه ما في مجمع البرهان وفي اية المراد والمسالك انه لا اشكال في ذلك لان ازالتهما جنائية عليها وليست كالوطئ وقضية كلامهم انها ان كانت ثيبا لم يضمن شيئا وبه صرح فخر الاسلام وقد سمعت تصريحهم فيما تقدم كما سمعت ما قيل من انه يضاف فجوى الصحيحين المتقدمين فالاولى ان يقال ان مورد الصحيح الاول غير ما نحن فيه لانها ليست بغيا وليس نصا ولا ظاهرا في زناها كما هو ظاهر واما الثاني فكالاول لم تأمل ليس نصا ولا ظاهرا في زناها لانه قد قال فيه الصادق "ع" وان كان زوجها اياه ولي لها ارتجع على وليها باخذته منه ولمواليها عليه عشر قيمة ثمنها ان كانت بكرا وان كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها باخذته من فرجها فقد تضمن نفي ثبوت المسمى الذي اخذته وثبوت المهر الموظف لها من العشر او نصفه لمكان الشبهة بتوزيع الولي لها واعتقادها جوازه فقد

(١) هو شيخنا صاحب الرياض وغيره (منه قدس سره)

ولا يلحق به الولد فان مات في يده القاصب ضمنه وان وضعته ميتا فاشكال (فلاشكال خل)
كما تقدم وان كان بجناية جان ضمن جنين امة (متن)

ظهر الفرق وانتفت الاولوية على تقدير الاستدلال بهذين الخبرين من جهة ترك الاستئصال فيه وبجرح طنجة من جهة
عمومه (فالجواب) ان الخبر المشهور اولى بالترجيح لامر (ولعل) الاولى ان يقال ان محل الاستدلال بالخبر المشهور انما
هو اذا كانا عالمين (اما) اذا كان الرجل جاهلا وعقد على امة الفيرمة المة بالحرمه سواء ادعت الحرية ودلت نفسها
ام لا فانه يلزمه المهر (اما) في المدلسة فوضع وفاق (واما) في غيرها فهو المشهور على ما حكى كما ذكرنا ذلك في
باب النكاح لكن المصنف استشكل فيما اذا كانت عالة وهو جاهل ويلزم المصنف في التذكرة ان يقول بوجوب المهر
عشرا او غيره وارش البكارة لانه لا يتول بالتدخال كما مر (قوله) * = * ولا يلحق به الرلد * = * كما في
المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد والدروس وغيرها والظاهر انه محل وفاق لكونه زانيا فيكون
رقا المولى لانه غلام ملكه وكما لا يلحق بابيه لا يلحق بامه لاشتراكهما في المقتضي ونعم ما قال في الشرائع
او حملت لم يلحق الرلد وتظهر فائدة عدم لحوقه بها في عدم ثبوت التوارث بينهما لو فرض حررتها او
احدهما بعد ذلك (قوله) * = * وان وضعته ميتا فاشكال كما تقدم * = * ونحوه في الايضاح
وجامع المقاصد للشك في حيوته مع ترجيح الضمان في الثاني وفي المبسوط والتحرير والدروس لاشي عليه
وجزم في الشرائع على ما في بعض النسخ به انه يلزمه دية جنين الامة (ووجهه) انه لما كان محكوما بريقته
كان ملحقا بالمال فيكرن مضمونا عليه على كل حال كحمل البهيمة والحمل الذي لم تلجه الروح او لم
تعلم حيوته له قيمة شرعا وهو عشر قيمة امة وقت الجناية بخلاف السابق فان ذبانه لقيته موقوف على
ولادته حيا لكونه حرا ولم يحل (قلت) هذا هو الذي نبهنا عليه وهذه النسخة هي التي شرحها في المسالك
وفي عدة من نسخ الشرائع قيل لا يضمن لانا لانعلم حيوته وفيه تردد ولا نعلم وجه تردده بل الاولى
الجزم بالضمان كما في النسخة الاخرى هذا اذا قلنا في صورة الجهل انه لا يضمن لكونه حرا لا يدخل
تحت يد الضمان الا ان يجني عليه جان (واما) اذا قلنا بالضمان لانه يؤول الى المال (قلنا) في جوابه ان ضمان
السابق اقيمه حيا موقوف على ولادته حيا واما ضمانه لقيته جنينا فليس موقوفا على ولادته حيا بل
هو مضمون ايضا على القاصب على كل حال (وقد) رد في جامع المقاصد ما في الشرائع فقال وربما رجح الضمان
هنا بان التقويم في الاول انما هو بعد وضعه حيا بخلافه هنا قال ولا اثر له لان المراد التقويم المخصوص
لاوجوب دية الجنين الذي يراد وجوبه في الموضعين ثم قال ولا يصح الضمان هنا ايضا ولم يبين لنا ماذا اراد
بالتقويم المخصوص ولعله اراد تقويمه بعد وضعه حيا ولا ماذا اراد بالضمان اهو ضمان جنين امة ام هو
ضمان مملوك حي ولم يتضح لنا وجه قوله لاوجوب دية الجنين الى آخره لان المقروض اذها وضعته ميتا للجناية
جان فليتأمل جيدا (ويرد) على المبسوط ان يد القاصب يد ضمان فلا بد من ان يقول بضمن قيمة جنين ثم
ان تعليله وتعليل التحرير بعدم العلم بحيوته لم يتضح وجهه ولعلهما يريدان بذات انه حينئذ لم يتحقق
جنائته عليه كما تقدم نقله عن الايضاح وقد عرفت الحال في ذلك ويجب حمل كلام التحرير والدروس
على عدم ضمان مملوك حي وان كان ظاهرهما خلاف ذلك فليحفظ ذلك جيدا (قوله) * = * وان كان
بجناية جان ضمن جنين امة * = * كما في المبسوط والشرائع والتحرير والارشاد وجامع المقاصد وجميع
البرهان وليس في الدروس الا انه عليه شيء وهو اجد لان ما ذكره متجه على مذهب المبسوط وينبغي
التفصيل على المعروف من مذهب الاصحاب بالعلم بالحياة وبدونه كما تقدم ولم يتعرض في المبسوط والارشاد
الا لضرب الاجنبى بطنها وظاهر كلام المصنف ان الضامن الاب القاصب وحينئذ فيستقر الضمان على
الضارب وقد جزم به هنا ولم يقل على الاقوى كما قال في الجاهل وما ذاك الا لانه هناك وبضمان
الاب اذا ضرب والاجنبى الضارب صرح في التحرير وجميع البرهان وهو واضح وفي تعليل الارشاد

ولو كان الناصب عالماً دونها لم يلحق به الولد ووجب الحُد والمهر عليه وبالعكس تحدهي
دونه ولا مهر على اشكال ويلحق به الولد ولو باعها الناصب فوطئها المشتري عالماً
بالنصب فكأن ناصب وفي مطالبة الناصب بهذا المهر نظر ينشأ من أن منافع البضع هل
تدخل تحت النصب (متن)

للمحقق الثاني أن هذا أن كانت الجنابة عمداً وأن كانت خطأ لم يثبت للسيد على الناصب شيء وهو حق
أن أراد أنه لا يستقر عليه ضمان لكن ذلك جارٍ فيما إذا جنى الأجنبي عمداً فلا وجه لتخصيصه بالذكر
وأن أراد أنه مع ذلك ليس له عليه الرجوع فأول ممنوع (قوله) * ولو كان الناصب عالماً دونها لم
يلحق به الولد ووجب العِد والمهر عليه * الوجه في الجميع ظاهر وبه أي الجميع صرح في المبسوط
وغيره والولد السولى ويلحق بها وفائدته إذا طرأ عليها أو على أحدهما العتق (قوله) * وبالعكس
تحدهي دونه * المراد بالعكس أن تكون هي عالة ما تحريم دونه وحكمه أن عليها العِد ويلحق
به الولد دونها كما صرح به أيضاً في المبسوط وغيره وتجب عليه قيمة الولد على ما سبق (قوله) * ولا مهر
على اشكال * ينشأ من كونها بغيًا ومن أنها مال الغير والأصح عدم كما تقدم محرراً إلا أن يكون
وطئها بعقد فيلحق (قوله) * ولو باعها الناصب فوطئها المشتري عالماً بالنصب فكأن ناصب *
أي في جميع الأحكام المتعلقة بالوطئ حالة العلم والحاصل أن حاله حاله حائى العلم والجهل كما في
المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد قال في التذكرة إلا أن الجهل في المشتري قد ينشأ من الجهل بكونها
مغصوبة فلا ينتزط في دعواه الشرط السابق من قرب العهد بالإسلام أو خنا ذلك عليه بعد داره عن
دائرة الإسلام ونحوه ما في المبسوط وقد كانا اشتراطاً في جهل الناصب بالتحريم قرب العهد أو بعد الدار
(قوله) * وفي مطالبة الناصب بهذا المهر نظر ينشأ من أن منافع البضع هل تدخل تحت النصب *
قد سبق للمصنف في أواخر الركن الثاني الجزم بأن منفعة البضع لا تضمن بالنات وبينا الوجه فيه بتأليف
عليه ونقلنا كلام المغالط والمتردد وقلنا أن المصنف تردد هنا بعد الجزم هناك ولا ريب أن المشتري إذا
وطئ الجارية لزمه المهر المالك كما أنه لا ريب أن المالك مطالبة الناصب بسائر المنافع التي استوفاهما
المشتري ما عدا منفعة البضع التي هي المهر فإن في مطالبة المالك به للنصب نظراً وتردداً فيصير معنى
العبارة في مطالبة المالك الناصب بهذا المهر اللازم للمشتري بالوطئ كما يطالبه بسائر المنافع التي استوفاهما
المشتري فيكون مخيراً بين أن يطالب أيها شاء وقرار الذان على المشتري العالم نظر من أن منافع البضع
هل تدخل تحت النصب أم لا لكن الشيخ في المبسوط جزم بأن له الرجوع عليه لأنه يسبب يد المشتري وهو متجه
على مذهبه فيه كما تقدم بيانه وهو قضية كلام التحريم والتذكرة حيث قل كل ذان يجب على المشتري
فلما كان الرجوع على من شاء منها ذكره في التذكرة في تمام آخر (وقال) في جامع المقاصد يرد على المصنف
هنا أن عدم دخول منافع البضع تحت النصب أمر متعقبات عند فكيف يتردد فيه ويبني النظر على
التردد فيه ولو قال ينشأ من أن منافع البضع لا تدخل تحت النصب ولا تضمن إلا بالاستيفاء وهو محصر
في جانب المشتري ومن أن عدم ضمانها وانتفاء دخولها تحت اليد انما يمنع من استحقاق المطالبة بعوضها
بالنات أما إذا استوفيت فإنها مضمونة لاحالة ققد أدى الحال إلى انقراض جري مجرى الجنابة وسببية الناصب
في ذلك لكان أولى وأوفقاً في التذكرة انتهى (ونحن نقول) كم له من تردد بعد الجزم بل قد جزم في
رضاع الكتاب بأن منفعة البضع تضمن بالنات وفاقاً لمبسوط وجماعة والمحقق في الشرايع جزم بعدم الضمان
في باب الشهادات وتردد في باب الرضاع والشهيد أيضاً تردد كما تقدم بيان ذلك كله فليس التردد في المسئلة
بعد الجزم ببدع ولا بعيد وما حكاه عن التذكرة هو قوله وهل للمالك مطالبة الناصب به أي المهر ابتداء
للشافعية وجهان وقد نقل تمام كلامه لأن في النسخة سقطاً في المقام (والوجه الثاني) من وجهي التردد الذي قال

ولا يجب الا مهر واحد بوطئات اذا التحدت الشبهة وفي تعدده بتعدد مع الاستكرام نظر (متن)

في جامع المقاصد انه اولى ضعيف جدا كما اعترف هو به لا ينبغي ان يكون سندا للتردد لان المقتضي للذهاب في حق القاصب متنفذ لا استيناء ولا سببية لميل لان البناء على انه لا يدخل تحت اليدفع انتفاء الامرين لاتصح مطالبته به وجوبه على المشتري لمكان استيناءه لا يستدعي الوجوب على القاصب فالتردد من المصنف هنا ذكره لمكان جزم جماعة بالزمان وتردد اخرين مع تعارض الادلة واختلاف الوازم كما تقدم اولى من تردده لما ذكره في جامع المقاصد لما عرفت (وقل) في الدروس في المهور وجه من حيث ان منافع البضع لا تضمن باليد ولو يوجد تنويت ومن انها منفعة عين مضمونة وهو غير ما في جامع المقاصد لان قضية الشق الثاني انها تضمن وان لم تستوف (وفيه) انه اذا ثبت الشق الاول خصص به الثاني لانه اخص منه فلا تكافؤ بين الشقين فلا وجه للتردد وتكون يكون اراد ما في جمع المقاصد فليتأمل (وقل) في الايضاح مراده بقوله ينشأ من ان منافع البضع هل تدخل تحت القصب أي لو فوجها القاصب بوطئها عالين وهي مختارة هل يضمنها ويكون بتزلة غصب منفعة اولا قد ذكر المصنف في الاشكال السابق من انه حق للمالك اثباته القاصب فيضمنه ولانه اخذ بشق الاحوال ومن النهي عن مهر البغي فان قلنا لا يضمنه اذا وطئها القاصب عالين طئها القاصب هو لان ينوته غيره من يده كما ينوته هو وان قلنا لا يضمنه القاصب لم يضمن هنا انتهى والظاهر انه بعيد عن العبارة الا ان يكون سمعه مشافهة وفي جمع المقاصد لاشبهة في انه وهم هذا ولا فرق في المسئلة بين ان نقول المشتري الجاهل الرجوع بالمهر لو عرمه على القاصب ام لا (قوله) ولا يجب الا مهر واحد بوطئات اذا التحدت الشبهة كافي في التذكرة والدروس وجمع المقاصد وهو قضية كلام التحرير ولا يضح ذلك كما اذا كان القاصب او المشتري جاهلا لان الجهل شبهة واحدة مطردة فشبها ما اذا وطئ في النكاح الثالث مرارا فالوجه حينئذ ان شرط وجوب ذلك المهر هو الوطئ حال الشبهة وهي متحدة فلا اثر لتعدد الوطئ (وقضية) العبارة وغيرها كما هو عريح الدروس وجمع المقاصد انه اذا تعددت الشبهة وتعدد الوطئ انه يتعدد المهر وهو كذلك وهذه المسئلة من لا دور التي خالت فيها منفعة البضع سائر المنافع (وتدريقال) بالتعدد في صورة الجهل لان الوجوب هنا لاتلاف منفعة البضع واستيناءها في متعدد المهر بتعدد ادتلاف والاستيناء وهو حاصل فلا معنى للحالة الى تعدد الشبهة وثاني من الاستناد اليه حيث لا يجب المهر اولاه وهو اول الكلام وفرق بينه وبين النكاح المتعدد فتأمل وطئها مرة جاهلا ومرة عالما وجب مهران وهو كذلك الا اذا كانت علة متغيرة (قوله) وفي تعدده مع تعدده مع الاستكرام نظر كافي في التحرير (ووجه) انظر ينشأ من تعدد السبب ومن ان السبب هو الوطئ اذا لاشبهة هنا وهو صادق مع الوحدة والكثرة والامر المعلق على شرط لا يلزم تعدده بتعدد الشرط والفرق بينه وبين اشبهة ان الشبهة ولاها لانتهى المهر وانها كالنكاح اذا تعدد عقده والاعتبار في الاكرام بتعدد الوطئ (والاصح) التعدد كما في التذكرة والدروس والايضاح وجمع المقاصد بتعدد السبب لان الاكرام بتزله الشبهة في حق المكروه فاذا تعدد كان كما لو تعددت الشبهة ومعناه ان المعلق عليه هنا علة لان الاكرام الثاني غير الاكرام الاول وكذا الوطئ الثاني غير الاول والاكرام هو العلة وهو مع الوطئ او نقول ان المدار على التتبع والاعتد يتحد الاكرام عرفا ويتعدد الوطئ كما اذا شديدا ورجليا ووطئها ووطئها بتعدد (واما) التعليق فتتحقق فيه ان الاستناد من اخبار الباب كقول امير المؤمنين عليه السلام في خبر صلحة اذا اغتصب الرجل امة فقتضها اخبر وكذا غيره اعطاء قعدة وضرب قذون وهو ان الاكرام في الرضى علة في وجوب العتق وذلك هو المستند من الاجماع على ان اذا من ادوات العموم عرفا واتكرار فيما علق على شرط وكان من ادوات العموم محل وفاق وانما النزاع في غيره على اننا نقول ان الشروط في كلام الحكم

ومع الجهل يعتمد حراً ويضمن المشتري القيمة ويرجع بها على الناصب فإن الشراء لا يوجب ضمان الولد ويضمن المشتري اجرة المنفعة التي فاتت تحت يده ومهر المثل عند الوطى .
وقيمة الولد عند انعقاده حراً ويرجع بكل ذلك على الناصب مع جهله ويفرم قيمة الدين اذا تلفت ولا يرجع وكذا المتزوج من الناصب لا يرجع بالمهر (متن)

تحمل على العموم مطلقاً والا لكان الشرط لقوام مع ان عاداته ضرب القوانين واعطاء القواعد ولا كذلك في كلام غيره كما اذا قال اعطه درهما ان دخل الدار وكذا اذا قال اشتري اللعيم اذا دخلت السوق وقام الكلام في فنه (قوله) - * - ومع الجهل يعتمد حراً ويضمن المشتري القيمة * - كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك (اما الاول) فلشبهة وخبري زارة وجميل كما تقدم في البيع (واما الثاني) فلما سبق في الناصب وخبر جميل قال فيه ابو عبد الله عليه السلام ويدفع اليه المبتاع قيمة الولد (قوله) - * - ويرجع بها على الناصب فإن الشراء لا يوجب ضمان الولد * - قد صرح برجوعه بها عليه في الكتب الستة المذكورة وفي المسالك انه الاشهر وهو صريح خبر جميل وبه طنعت عباراتهم في باب البيع من المقعة الى الرياض وفي التذكرة وظاهر التقيح الاجماع عليه لان الولد على تقدير صحة الشراء يكون المشتري مجاناً بغير عوض بخلاف المبيع فانه في مقابلة الثمن فليس مجاناً فيكون مضموناً بهذا الاعتبار ولهذا لا يرجع بتدار الثمن لولم يكن سلمه (وقال) في الشرائع فيه احتمال آخر واراد به احتمال احاق عوضه اي الولد بما حصل له في مقابلته نفع كالمهر لان نفع حرية الولد تعود اليه وهذا خلاف الاشهر واليه اشار به في المسالك وياقي ان شاء الله تعالى تام الكلام وقال في الشرائع ايضا وقيل في هذه له مطالبة ايها شا - وظهره انه يتعين رجوع المالك على الناصب خاصة (والاصح) الاول كما في المسالك وبه صرح في التحرير والتذكرة في المقام ولله الظاهر من كلام الباقي وقد تقدم مثله الشرائع فبا اذا قدم له طعام الغير ضيافة فقتل قولاً بانه يرجع على الناصب من اول الامر ولا يتخير وقتنا انه ليس لاحد من طائفتنا والى هو المشافي في القديم وبعض كتب الجديد (قوله) - * - ويضمن المشتري اجرة المنفعة التي فاتت تحت يده * - لانها مضمونة بتجرد اثبات اليد (قوله) - * - ومهر المثل عند الوطى * - لان منفعة البضع تضمن بالاستيناء (قوله) - * - ويرجع بكل ذلك على الناصب مع جهله * - لكان الغرور وان كان في بعضها خلاف كما سيحكيه اذا الجزم بالرجوع لا ينافي حكاية الخلاف فيه (قوله) - * - ويفرم قيمة العين اذا تلفت ولا يرجع * - اي وان كان جاهلاً لانه انما دخل على كونها مضمونة فلا غرور بالنسبة اليها مع جهله وقال في جامع المقاصد هذا انما يستقيم بالنسبة الى ما قبل الثمن فلو زادت قيمة العين على الثمن فالاصح رجوعه بالزائد لدخوله على انه في حكم ما لا عوض له فيتحقق الغرور (قلت) وهو خيرة ولده في شرح الارشاد والشديد وغيرهم في باب البيع وقد استشكل هو فيه في موضع من باب البيع وولده في الايضاح وفي التذكرة في الباب وقد يلوح او يظهر منه القول بالرجوع وجزم في موضع آخر من باب البيع بالعدم كما هو ظاهره هنا كما بيناه في باب البيع الفضي وفي القسم الرابع من اقسام البيع المحظور من المكاسب وغيرها (قوله) - * - وكذا المتزوج من الناصب لا يرجع بالمهر * - كما في التذكرة وجامع المقاصد وفي الدروس فيه وجهان (وقد وجه) عدم الرجوع في الاولين بانه انما دخل على وجوب المهر فلا تقرير فيه وقال في جامع المقاصد لكن لو كان المسمى اقل من مهر المثل ينبغي ان يرجع بالزائد لتحقق الغرور فيه قال واطلق في التذكرة كما هنا وان كان آخر كلامه يدل على ما قلناه حيث قال والضابط في هذه المسائل ان ينظر فيما غرمه من ترتبت يده على يد الناصب عن جهل فان شرع فيه ثلبي ان يضمنه لم يرجع به وان شرع على ان لا يضمنه فان لم يستوف ما يقابله رجع وان استوفى فقولان مشافعية (قلت) والى ذلك اشار في الدروس

وفي رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاهها خلاف ولو بنى قلع بنائه فالأقرب
(متن) الرجوع بارش النقص

بعد قوله فيه وجهان بقوله لرجوع المشتري الجاهل بقيمة العين على الغاصب اذ قضيته انه يرجع بالزائد عن المسمى من مهر المثل ولا يرجع المتزوج على الغاصب باجرة الخدمة لو رجع المالك بها عليه لان التزويج لا يتضمن اباحة الخدمة (قوله) * وفي رجوع المشتري بقيمة منفعة استوفاهها خلاف * - فالشيخ في الخلاف والمبسوط في موضع منه والاي في كشف الرموز وشيخنا في الريض وظاهر السرائر انه لا يرجع للأصل ولانه مباشر الاتلاف فكان كقيمة الجارية ولانه لما حصل له ذنوع وحصل عنده عوضه كان سكن الدار واكل الثمرة وشرب اللبن كان كأنه قد اشترى واستكرى فلم يحصل عليه ضرر والاجماع على ترتب النقصان على القار لانعلم تناوله لما اذا لم يلحقه ضرر كما هو المزور فلا معارض يصلح لمعارضه ما تقدم. والشيخ في المبسوط في موضع آخر والمحقق في تجارة النافع وظاهر تجارة الشرائع وفخر الاسلام في الايضاح وشرح الارشاد والشهيدان في الدروس والمساك والروضة والمحقق الثاني في جامع المقاصد والمقدس الاردبيلي والمصنف في ظاهر تجارة الكتاب والشهيد في عصب الدروس والمقداد وابو العباس في المختصر والمحقق الثاني في جامع المقاصد والمحقق في ظاهر الشرائع انه يرجع به وفي التنقيحان عليه النوى، وهو قضية اطلاق الباقين لانه غره لانه ساطه عليه بان ياكله بحافا ولا يعطي شيئا غير ثمن البيع ولعله لو علم انه ليس له لم ينتفع به فلم يسكن رحمة ولم يشرب دوا بقيمة فكان الضرر حاصلا فكان الاجماع له تناولها فكان بقوله ما لو قدم اليه عوضه الغير فانه جاهل بالتقدير بقيمة الجارية قياس مع الفارق (وليس) في جميع الاخبار ما يدل على احد امرين الا ما استمع من النحوى ولا ترجيح في عصب النافع والتذكرة والتحرير والتبصرة والمهدب البارع والمساك والكفاية ولا في تجارة التذكرة والتحرير ونهاية الاحكام والارشاد (وليعلم) ان العقر واجرة الخدمة مما حصل له في مقابلته ذنوع كاجرة السكنى وقيمة الثمرة واللبن كما صرح به في عاية المراد وغيرها. وقد جزم به غنير بمن توقف او حكم بعدم الرجوع هنا بانه يرجع بهما في باب البيع ومنهم شيخنا صاحب الرياض مستندين الى ما تقدم والى ان نحوى الرجوع بقيمة الولد مع حصول النفع العظيم له في مقابلة القيمة تدل على الرجوع هنا بطريق اولى وقد نقلنا كلامهم في ذلك في بيع الحيوان وقد استوفينا الكلام في اصل المسئلة في البيع النذولي (واما) ما لم يحصل له في مقابلته نفع فقد حكى الاجماع فخر الاسلام على ان المشتري ان يرجع بما غره لاجله ونسب الى الاصحاب في الكفاية والرياض وهو كذلك (قوله) * - وبني قلع بنائه فالأقرب الرجوع بارش النقص * - كما في التحرير والايضاح وجامع المقاصد والمساك ولا ترجيح في التذكرة (ومعناه) انه لو بنى المشتري في البيع المقصوب جاهلا بالنقص فقلع المالك بنائه فالأقرب انه يرجع بارش نقص البناء ونقص الالات ان نقصت بالقلع لان البائع سبب والمشتري مباشر والسبب هو اقوى واذا كان اقوى كان الضمان عليه اجبا (ووجه قوته ان المشتري مفرور لانه انما دخل على انتقال البيع اليه وجواز التصرفات له من بناء وغيره لئلا السلامة وسبب هذا الظن تقرير الغاصب فكان كما لو قدم اليه طعامه فاكله فانه يضمه لمكان التغير بالاناحة فثبت اولى لانه تملك والتملك اقوى من الاباحة فهذه فت من ماله بذلك فهو مستند الى غرور البائع اياه والفت من ماله هنا هو نقص البناء والالات (ويحتمل) عدمه لانه بالبناء متلف ماله ببناءه والبائع لم يأمره به فلا يرجع به كما لا يرجع به انفق على العمارة والثافمية وجهان اظهرهما عندهم انه يرجع (قلت) قد اطبقوا على ان المشتري الجاهل يرجع على الغاصب بما يغره مما ليس في مقابلته ذنوع كالثقة على العبد والدابة ونحوهما والعمرة وقيمة الولد لو غره المالك لان قوات ذنوع بتغيره ولا فرق عند التحقيق بين هذه الامور وما نحن فيه (والمراد) بالعمارة هنا العمارة

ولو تعيب في يده احتمل الرجوع لان المقد لا يوجب ضمان الاجزاء بخلاف الجملة وعدمه ونقصان الولادة لا يجبر بالولد لانه زيادة جديدة . (متن)

في جدران (جدار خـل) المالك بالآلات المالك وهي خلاف البناء في العمارة (العبارة خـل) وفي الايضاح وجامع المقاصد انه لا يرجع بما انتق على البناء من الاجرة لانها عوض عنه وفي حاشية الاول الاجماع على ذلك وينبغي ان يرجع بامرة نقض البناء بالضاد المعجمة اذا امره المالك بنقضه ومثل البناء الغرس كما في التذكرة (قوله) * ولو تعيب في يده احتمل الرجوع لان المقد لا يوجب ضمان الاجزاء * - هذه المسئلة قد تقدم الكلام فيها في باب بيع الحيوان وفي باب العيب لانها مبنية على مسالة ما اذا تجدد العيب في الحيوان بعد المقد وقبل القبض فانهم اجمعوا على انه له الفسخ والرد والامساك مجانا واختلنوا في انه هل له الامساك بالارش ام لا (فالاول) خيرة النهاية والسرائع والنافع والتحرير والتذكرة والارشاد والمختلف والايضاح والدروس واللمعة والمقتصر والتفقيح وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة ومجمع البرهان وهو المحكي عن الـقي والقاضي وظاهر غاية الرد او صريحها كما انه قد يدعى بانها ظاهر الوسيلة وفي المسالك انه المشهور لانه عوض عن جزء . نانت واذا كانت الجملة مضمونة على البائع قبل القبض فكذا اجزاؤها ووصافها لان المقتضي للضمان في الجميع وهو عدم القبض موجود في الاجزاء والصفات (وفيه) ان المشبه به لا ضرر فيه على البائع لان التام موجب لبطان البيع ولا كذلك ما نحن فيه فان فيه ضررا على البائع لعدم رضاه ببذل العين الا ان متابلة تام السن فاخذ المبيع منه بضعه تجارة عن غير تراض (ويؤيده) ان المال المشتري فيكون العيب والتلف منه خرج بالتلف بدليه وبقي الباقي وفي المختلف والايضاح والتفقيح ان الزام المشتري بالرد او الامساك مجانا نوع ضرر اذ الحاجة اقدمته على المعاوضة والا لم توجد فالزامه بجميع الثمن ضرر عظيم ومثل ما في غاية المراد (وفيه) ان حاجة المحتاج لا تؤثر اثر في مال آخر هو لا . النقر . محتاجون الى مال الاعيان (واقوى) ما يستدل به المشهور وحجة عبد الله بن سنان وما اورد عليها غير وارد والشبهة تجبر دلالة . ويدا باطابق العامة على خلافه قال سنان ابا عبد الله (ع) عن الرجل يشتري الجارية والعبد ويشترط الى يوم او يومين فيموت العبد او الدابة او يحدث فيه حدث على من كان ذلك فقال على البائع حتى يتقضي الشرط ويصير المبيع له كذا في التهذيب وفي الكافي لاضمان على المبتاع حتى يتقضي الشرط ويصير المبيع له واشتله على مالا نقول به لايضره على انه يؤل مصير المبيع باستقراره والاجماع المركب يصحح المفهوم اذ قضيته انه لو انتضى الخيار ولم يقبض انه لا يضمن وليس كذلك وفي الخلاف والبسوط والسرائع وكشف الرموز ان ليس للمشتري الا الرد والامساك وليس له اجارة البيع مع الارش ونقل ذلك في السرائع عن المقتنة ولم نجد فيها وفي كشف الرموز عن نصت النهاية وفي الخلاف في اختلاف عن ذلك وجه . توقنوا ولم يرجعوا احدا من القوانين ونام الكلام في المسئلة في المقامين . باب البيع (اذا تقرر هذا) فعد الى عبارة الكتاب ومعناها انه لو تعيب المبيع في يد المشتري من الغصب جاهلا بآفة سبوية فغرمه المالك الارش احتمل ان له الرجوع على الغاصب بما غرمه ارشا لانه دخل على ان المضمون عليه هو الجملة دون الاجزاء اعدم مقابلتها بالثمن اما المقابل به هو المجموع وهذا مبني على مذهب الشيبني في الخلاف والبسوط ويحتمل عدم الرجوع لاضمان الاجزاء فانها مقابلة باجزاء الثمن وهذا هو الاقوى كما في الايضاح وجامع المقاصد وهو قضية مختار المشهور ولا ترجيح في التذكرة والتحرير لكنه يذهب فيها في باب البيع الى المشهور وكان الاولى بالمصنف ايضا ان يرجع هنا لعدم بناء على ما اختاره في بيع الكتاب في موضعين منه من موافقة المشهور لكنه في باب القبض استشكل وعلى المختار لو كان الارش الذي غرمه المالك للمشتري في مسئلتنا بقدر قسط ذلك من الثمن فلا رجوع له وان زاد فلا يصح رجوعه بل زائد (قوله) = ونقصان الولادة لا يجبر بالولد * = قد تقدم انه حيث

ولو غصب فعلا فأنزه على الانثى فالولد لصاحبها وان كانت للغاصب وعليه الاجرة على رأي الارش لو نقص بالضراب ولا تتداخل الاجرة والارش فلو هزلت الدابة لزمه الامر ان كان النقص بغير الاستعمال (متن)

يكون الواطى للجارية عالما بالغصب والتحريم فحملت ثم ولدت ان الولد يكون رقاً للمالك وعلى الواطى ارش نقصان الولادة وقد طنعت بذلك عبراتهم وقضية ذلك ان نقصان الامة بالولادة لا ينجبر بالولد وبه صرح في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد قال في الاول ان الولد له ويأخذ الارش عند علمائنا وظاهره الاجماع عليه على انه لم ينسب الخلاف الا الى ابى حنيفة قال وقال ابو حنيفة بالجبران وليس يجيد وقد وجهه هنا بان الولد زيادة جديدة حدثت على ملكه اي وهي غير مجاسة الفات ليم على ما تقدم له ومعناه ان الولد له وان لم يكن في الام نقصان وملكه هنا لا يجبر نقصان ملكه (قوله) * * * ولو غصب فعلا فأنزه على الانثى فالولد لصاحبها وان كانت للغاصب * * * اجماعاً على الظاهر كما في جامع المقاصد وفي المسالك وكذا الكفاية انه لا خلاف في كون الولد في الحيوان غير الانسان تابعاً للانثى سواء كانت للغاصب او لغيره وبالحكم المذكور صرح في المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان من دون تأمل ولا نقل خلاف الا من الاخيرين حيث تأملوا في ذلك قال في الاول انه يرد عليه ان الولد مني النحل فلا يكاد يوجد النرق بده ودين الحب اذا نبت في ارض الغير (وانت خبير) بان النرق واضح فان الخطنة لا قيمة لها وليست بمالوكية بعد ادنق لها واجبة الرد الى مالك النحل والنشوء والنا من الانثى ولا كذلك الحب فانه مملوك له قيمة ويجب رده وهذا اطلبوا على اختلافهما في الحكم (قوله) * * * وعليه الاجرة على رأي هو مذهب اهل البيت عليهم افضل السلام كما في السرائر وقال ايضا عليه اجرة النحل عند ذوقه وما قاله وذكره شيخنا في مبسوطه من ان اجرة النحل لا تجب على الغاصب لان النبي (ص) نهى عن كسب النحل فهو حكاية مذهب المخالفين فلا يتوهم متوهم عليه انه اعتقاده لكن المحقق والمصنف في التحرير والمختلف وولده وغيرهم لم يلتفتوا الى ما ذكره اخبروا في السرائر ونسبوا الخلاف اليه في المبسوط (وكيف كان) فالرأي خيرة الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح والدروس وجامع المقاصد ومجمع البرهان والمسالك والكفاية وفي الاخيرين نسبته الى الاكثر وليست في محلها لانحصار الخلاف ان كان في الشيخ في المبسوط وهو نادر لانه بنى عدم وجوبها على انها محرمة وقد قال في الشرائع في المقام ان اجرة ضراب النحل ليست محرمة عندنا وفي مكاسب التذكرة بنهاية الاحكام ان استتجار النحل للضراب ليس محرماً عند علمائنا مضافاً الى ما في السرائر وقد قال في المسالك والكفاية انهم حملوا النهي في النخل على الكراهية (قلت) او على بيع ماله فاذا كان الامر كذلك كيف يصح نسبته الى الاكثر والخبر مروى في نهاية ابن الاثير وغيرها انه (ص) نهى عن عسب النحل وعسبه ماله وضربه كما بيناه في باب المكاسب (قوله) * * * والارش لو نقص بالضراب * * * في المبسوط والسرائر والشرائع وسائر اذكر بهمه انما سري المختلف والايضاح لانه لم يذكر فيها ولا يتداخل الارش والاجرة وان كان لزوم الارش بسبب نقص حتمل بالاستعمال الذي اخذ اجرتة لكن قد يقال ان خلطاً في الاجرة النقص قلنا يلزمه اجرة مثل ما بالاستعمال الموجب لنقص كذا لا يبعد التداخل كما تقدم فيما سلف (قوله) * * * ولا تتداخل الاجرة والارش فلو هزلت الدابة لزمه الامر ان كان النقص بغير الاستعمال * * * قد استوفينا والله الحمد الكلام في مسألة في 'اواخر الركن الثالث عند قوله وان كان بالاستعمال كنقص الثوب الى آخره وحكي لنا عدم التداخل فيما ذكرنا ان النقص بالاستعمال عن الشيخ والمحقق والمصنف في جملة من كتبه ورواهه والشهيدان والمحقق الثاني والمقدس

وفوائد المنصوب للمالك اعيانا كانت كالولد كالشجرة والولد خل او منافع كسكنى الدار مضمونة على الفاسد ولا يملك المشتري ما يتقبضه بالبيع الفاسد ويضمنه وما يتجدد من منافعه الا اعيان او غيرها مع جهل البائع او علمه مع الاستيفاء وبدونه اشكال (متن)

الاردبيلي وقلنا انه ينبغي ان يكون لكل يوم ارش واجرة ويحيى حينئذ احتمال اكثر الامرين كما تقدم ولا ينبغي ما في قوله وان كان النقص بغير الاستعمال اذ ليس هو النقص الاخرى والاخرى هو ما اذا كان النقص بالاستعمال لاحتمال التداخل بخلاف ما اذا لم يكن بالاستعمال فانه لا تداخل وجها واحدا كما في جامع المقاصد (قوله) = * وفوائد المنصوب للمالك اعيانا كانت كالولد او منافع كسكنى الدار مضمونة على الفاسد = * لا اشكال في ذلك كله كما في المسالك وبجميع ذلك صرح في السرايع والنافع والتحرير وجامع المقاصد والكناية وكذا المبسوط والغنية والسراير وغيرها بل هو مما طنعت به عباراتهم في مطاوي الباب وقد حكينا معقد اجماع التدكرة على طوله عند قوله او اتلف منعمة كسكنى الدار وركوب الدابة الى اخره وحكيناه وحكيه اجماع الخلاف والسراير عند قوله والمنافع الباحة مضمونة ولا فرق في ذلك بين ان تكون قد تجددت عند الفاسد ام لا لانها غناء ملكه وفوائده فتكون مضمونة عند الفاسد كالاصل (قوله) = * ولا يملك المشتري ما يتقبضه بالبيع الفاسد ويضمنه = * قد تقدم في باب البيع نقل الاجماع المتضاربة على عدم ملكه له وعلى انه يضمنه ونفي الرب والاشكال عن ذلك عن جماعة كثيرين في البابين وقد طنعت عباراتهم في ذلك في ابواب الفقه حيث يأخذونه مسلما ولم يتأمل فيه احد الا صاحب الكفاية في باب النصب والمولى الاردبيلي فانه قوى في صورة الجبل عدم اذ ان قال ومع لم الاخر اقوى (قوله) = * وما يتجدد من منافعه = * اي يضمن ما يتجدد من منافعه وقد نص على ذلك في المبسوط والسراير والنافع وغيرها وانهم يأخذونه في مطاوي الباب مسلما والوجه في ذلك ظاهر (قوله) = * الا اعيان او غيرها مع جهل البائع او علمه مع الاستيفاء وبدونه اشكال = * كما هو قضية اطلاقهم في البابين وبالجملة لا اجد في ذلك خلافا الا قوله في الوسيلة فاذا باع احد بيعا فاسدا وانتفع به المبتاع ولم يعلم بفساده ثم عرفا واسترد البائع المبيع لم يكن له استرداد ثمن ما انتفع به او استرداد الولد ان حملت الام عده وولدت لانه لو تلف كان من ماله والخراج بالضمان انتهى وهو في المنافع المستوفاة والا ما في الايضاح من ان المنافع بدون الاستيفاء مع الجهل والعلم لا تضمن والمصنف استشكل ومثله صاحب التفتيح في باب البيع في المنافع التي لم تستوف وظاهره الاجماع في المستوفاة (وتحرير البحث) ان يقال ان المقبوض بالبيع الفاسد مضمون لان كل ما يضمن بصحيحه يضمن بنسبته لعموم قوله (ص) على اليد ما اخذت حتى تؤدي وما دل على انتفاء الضمان اذا كان الاخذ يرضا المالك من نص و اجماع فخص بما اذا كان الاخذ بالرضا من دون ان يستعقب ضمانا اما اذا رضي به بشرط الضمان كما في العارية المشروطة او مع تعقبه كما هو محل البحث فلا دلالة فيها على نفي الضمان فيه لانه اذا دخل على ثلث العين في مقابلة الثمن وانه مضمون عليه والبائع اذا دفعه كذلك فيبقى العموم الدال على اطلاق الضمان بحاله ويتضح وجه القاعدة فاذا كان العقد غير مملك وجب رد كل من العوضين الى مالكه فلو تعذر وجب بدله من المثل او القيمة لامتناع فوات العين وما جعلت في مقابله (ولا يقال) ان هذا يقضي بضمان ما قبل الثمن خاصة دون الزائد لانه بغير مقابل على تقدير الصحة والضمان بالناسد على نحو الضمان بالصحة (لانا نقول) لما كان المجموع في مقابلة المجموع وفاتت المقابلة بنسبته العقد كان كل منهما مضمونا بجميع اجزائه نظرا الى مقتضى المقابلة وليس البائع غارا محضا علما كان او جاهلا فلم يكن كالفاسد حتى يؤخذ باشتق الاحوال ولا يرد عليه ما اذا باع من ترتب يده على المنصوب جاهلا بالنصب لانه غار

وما زاد من قيمته لزيادة صفة فيه فان تلف في يده ضمن العين باعلا القيم من حين القبض الى حين التلف ان لم يكن مثليا ولو اشترى من الناصب علما باستعداد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ولو قيل يرجع مع وجود عين الثمن كان حسنا (متن)

هذا جيدا فانه دقيق جدا (ولا يترك) بين كون المتجدد عينا كالوند او منعة كسكنى الدار ولا بين كون البائع عالما بساد البيع او جاهلا ولا بين ان يستوفي المشتري حينئذ المنفعة وعدمه على اشكال عند المصنف في بعض صورته وهي ما اذا علم الباع بساد البيع ولم يستوف المشتري المنفعة كما فهمه في جامع المقاصد من العبارة (ومنشأ) الاشكال حينئذ من ان الاصل مضمون فكذا الزرع والعموم تلى اليد ما اخذت حتى تزدي ولانه انما قبضه لمصلحة نفسه لا لمصلحة البائع ولان اثبات يد المشتري مستحق لان الاستحقاق انما هو تلى تقدير صحة البيع وهي متينة ومن ان علم المالك بساد البيع وعدم المطالبة دليل على رضاه بكون العين في يد المشتري (وضعف) بان السكوت اعم من الرضا وبس لزوم مله في اصل البيع لو علم بالنسب ولعل هذا غير لازم لانه هناك سلطة عليه ورضي بكونه تحت يده في مقابلة الثمن وهنا قد رضي بنوات المنفعة تمت يده من دون عرض فتأمل (وقال) في الايضاح ان الاشكال ينشأ من تبعية الاصل ولان الاصل في قبض مال الغير فان الا لسبب عدمه اي كالوديعة ولم يثبت ومن ان النافع لم يقبض بالبيع التام ولا بالتعسف ثم قال والحق الثاني لان مال الغير يتجدد في يده بغير علمها فكان كالثوب يطير الريح وظاهره ان الاشكال في النافع التي لم يستوفها المشتري سرا علم البائع اولا وقد حصر النفع في الامرين وهو ممنوع بل نقول ان احدهما وجود وهو القسب لانا لان شرط العدوان في تعريضه ووجه الشبه غير ظاهر لان المشتري وضع يده على الاصل والنافع باختياره فلا يتم ما ذكره (قوله) = وما زاد من قيمته لزيادة صفة فيه = كما في المبسوط والشرائع والنافع وجامع المقاصد ومعناه انه يضمن ما زاد عن قيمته لكان زيادة صفة فيه كالسمن وتعلم السعة (ووجه) ان تبعية الاصل لكونه جزءا او في حكم الجزء وفي الرضا انه حسن حيث يكبر المشتري سببا في الاتلاف اذ لا ضرر ولا ضرار ويشكل فيما عداه لعدم وضوح ماخذه الا لحاق مثل هذا القبض بالتعسف (وهو حسن) ان لم نعتبر في تعريضه قيد العدوان واما مع اعتباره كما هو الاظهر فالوجه عدم ضمانها وقد عرفت الحال في اول الباب وانما نستبعد بمونة خبر ابني ولاد كون التعسف حقيقة شرعية في العدوان وعينه حن في الغالط والساهي والناسي (قوله) = فان تاف في يده ضمن العين باعلا القيم من حين القبض الى حين التلف ان لم يكن مثليا = قد تقدم الكلام في مثل ذلك والصحيح انه يضمن قيمته يوم الثالث وما عداه لا يتم في بعض الصور كما بيناه فيا سلف (قوله) = ولو اشترى من الغاصب علما باستعداد المالك العين لم يكن له الرجوع بالثمن ولو قيل يرجع مع وجود عين الثمن كان حسنا = اما عدم الرجوع ففي تخليص التلخيص الاجماع عليه وقد نسب دعوى الاجماع الى التذكرة جماعة والموجود فيها وفي نهاية الاحكام والمختلف والايضاح نسبته الى علمنا الظاهرة في دعوى الاجماع كنسبته اي عدم الرجوع مع التصريح ببقاء العين الى الاصحاب في موضع آخر من الايضاح وفي موضع آخر منه الى بعضهم ووضع من جامع المقاصد وفي الروضة نسبته الى ظاهر كلامهم وفي المسالك والكناية والرياض نسبته الى المشهور وفي موضع آخر من الروضة نسبته الى الاكثر والتتبع في كتب الشيخ ومن تاخر عنه يشهد بذلك والمختلف القائل بالرجوع المصنف في الكتاب في موضع منه والتذكرة ونهاية الاحكام والمختلف وولده في الايضاح وشرح الارشاد والشهيدان والمحقق الثاني فيا سلف والحراساني وكان المصنف هنا متردد كالمحقق في الشرائع والمقدس الاردبيلي وقد ذكرنا في باب البيع الفضولي ادلة القولين واستوفينا الكلام في ذلك اكل استيفاء (قوله)

ولمالك الرجوع على من شاء مع تلف العين ويستقر الضمان على المشتري ومع الجهل على
الغاصب ويرجع المشتري الجاهل على الغاصب بما يفرمه مما ليس في مقابله نفع كالنفقة والمهارة
وقيمة الولد لو غرمه المالك وفي رجوعه بما حصل له نفع في مقابله كسكنى الدار وثمره
الشجرة وقيمة اللبن نظر ينشأ من ضعف المباشرة بالفرور ومن اولوية المباشرو لو
زرع الارض المنصوبة او غرسها فللمالك القلع مجانا وان قرب الحصاد (متن)

==* وللمالك الرجوع على من شاء مع تلف العين ويستقر الضمان على المشتري ومع الجهل على
الغاصب ==* اي للمالك ان يرجع مع تلف العين في يد المشتري على من شاء من الغاصب البائع والمشتري
ويستقر الضمان على المشتري لحصول التلف في يده هذا اذا كان عالما واما اذا كان جاهلا فانما يستقر
على الغاصب ما زاد على الثمن اما مقدار الثمن فانه على المشتري فاطلاق العبارة لعله غير جيد ويرجع المشتري
بالثمن على البائع ان كان دفعه له كما تقدم بيان ذلك كله (قوله) - * ويرجع المشتري الجاهل على
الغاصب بما يفرمه مما ليس في مقابله نفع كالنفقة والمهارة وقيمة الولد لو غرمه المالك * - كما
تقدم بيان كل ذلك (قوله) ==* وفي رجوعه بما حصل له نفع في مقابله كسكنى الدار وثمره الشجرة
وقيمة اللبن نظر ينشأ من ضعف المباشرة بالفرور ومن اولوية المباشرة * == قد تقدم الكلام فيه اذناه سبغا
مستوفي وقلنا ان الاصح الرجوع * فرع * لو اشترك جماعة في وضع اليد على شيء واحد وتصرفوا به
جميعا في جامع المقاصد ان الظاهر ان على كل واحد منهم ما يقتضيه التسيط (قوله) * ولو زرع الارض
المنصوبة او غرسها فللمالك القلع * == كما في المبسوط والنافع والتحرير وغيرها وظاهر التذكرة والرياض
الاجماع عليه وقد تقدم في العارية انه لو غرس المستعير بعد الرجوع في الاذن والمنع ان اعيير القلع لانه غاصب ظالم
وليس لعرق ظالم حق كما في النبوي وقد تلقوه بالقبول (قوله) * مجانا وان قرب الحصاد * == كما
هو قضية اصولهم ودليلهم وبه صرح في التذكرة وظاهر الرياض نفى الخلاف فيه وقد نسب الخلاف في
التذكرة الى احمد في خصوص الزرع وقال انه لا خلاف في الفرس قال قال احمد ان جاء صاحب الارض
والزرع قائم فيها لم يملك اجبار الغاصب على قلعه وخير المالك بين ان يبقيه الى الحصاد باجرته وارش
النقص وبين ان يدفع اليه نفقته ويكون الزرع له لان رافع ابن خديج قال قال رسول
الله صلى الله عليه وآله وسلم من زرع في ارض قوم بغير اذهم فليس له من الزرع شيء وله
نفقته ومثله خبر آخر رواه رافع ايضا عنه صلى الله عليه وآله وسلم ولانه يمكن رد المنصوب من دون
اتلاف مال الغاصب على قرب من الزرع ان فلا يجوز اتلافه كما لو غصب لوحا فزعه به سفينة فانه
لا يجبر على رد المنصوب في اللجة بخلاف الشجر فان مدته تطول وينزل قوله صلى الله عليه وآله وسلم
ليس لعرق ظالم حق على الشجر والفرس ونحوه مياتي عن ابي علي (والخبر ان) ضعيفان من ذلك النج
افق بخلافه الشافعي وماعمل بها احمد وغيره لكن قد ورد في اخبارنا مثل ذلك (في الموثق) برواية الكليني
في رجل اكرى دارا فيها بستان فزرع في البستان وغرس نخلا واشجارا وفواكه وغير ذلك ولم يستأمر صاحب
الدار في ذلك فقال عليه الكرى ويقوم صاحب الدار الفرس والزرع قيمة عدل ويحطبها الفارس وان كان
استأمره فعليه الكرى وله الفرس والزرع يقلعه ويذهب به حيث شاء فهو ظاهر في مذهب احمد (وفي)
رواية النقيه والتهذيب ويقوم صاحب الدار الفرس والزرع قيمة عدل ان كان استأمره وان لم يكن
استأمره فعليه الكرى الى آخره فقد ترك فيها الواو في قوله وان كان استأمره فعلى هذا يكون فيه دلالة
على ما حكيناه في العارية عن المبسوط من اجبار المستعير على اخذ قيمة ما زرعه لو بذلها المير حيث يرجع

ولا يملكه المالك بل هو للغاصب وكذا النماء وعليه اجرة الارض وطم الحفر والارش ولوبذل صاحب الفرس قيمة الارض او بالعكس لم يجب القبول (متن)

بعد زرعها كما بيناه هناك وقد اختار مثل ذلك في مزاولة الخلاف والمبسوط وقد استغنا الكلام فيه في باب الاجارة واما على رواية الكافي فلا دلالة فيه على ذلك وكيف كان فلا تعادل روايتي الصدوق والشيخ وان كان ثقة الاسلام اضطرب ورائي تمام الكلام في الخبر وليعلم انه لس في الفقيه قيمة عدل وهو من جملة اخلال الواقع في الوافي (قوله) = ولا يملكه المالك بل هو للغاصب وكذا النماء = قد صرح بانه لا يملكه المالك وانه للغاصب في الفقيه والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والارشاد والتبصرة والمختلف وغيرها وهو قضية كلام المبسوط وظاهر الرياض الاجماع عليه وفي التذكرة ليس له اخذه عندنا وفي التنقيح انه المشهور وعلية انعقد الاجماع اليوم ولا نعلم فيه خلافا الا ما روي عن ابي علي وفي المختلف انه المشهور بين علمائنا والمختلف ابن الخيزر لانه عين ماله وانما تغيرت صنته بزيادة النماء (او تقول) انه غناء ملك الزارع وليست الارض الا كالماء والهواء والشمس معدات الحيورة البذر زراعتهم جاء بالتدريج والاعل هو الله سبحانه (وفي) خبره بن خالد قال سئلت ابا عبد الله عليه السلام عن الرجل اتى ارض رجل فزرعها بغير اذنه حتى اذا بلغ الزرع جاء صاحب الارض فقال زرعت بغير اذني فزرعك لي وعلي = انفتحت انه ذلك فقال لزارع زرعه واصحاب الارض كبري ارضه (وقد روي مثله من دون تناوت اصلا في الفقيه ايضا عن سماعة وقد سمعت الموثق يرواية الفقيه والتهذيب وهذه الاخبار منجزة بالشهرة معتقدة بالاصل والاجماع (وقال) ابو علي فيما حكى عنه ان اصحاب الارض ان يرد ما خسره الزارع ويملك الزرع وهو قريب من قول احمد بن رافع بن خديج وقد سمعته وهو ثقة محمد برواية الكافي وقد سمعها لكن المصنف في المختلف والناظر المتعدد والحق الثاني والشهيد الثاني لم يستدلوا له الا بخبر رافع مع ان الموثقة ظاهرة في مذهبه واعلمهم اعرضوا عنها لمكان الاختلاف الواقع فيها لكنها اثبت من خبر رافع ووافق بانطباق الجواب على السؤال مع ان الكافي اكثر ضبطا من غيره (وقد قوى جماعة في مسألة الصبيغ قول ابي علي كالحذف في المختلف والناظر المتعدد والاستاذ وابن اخته ونحن ايدناه لكه هنا في المختلف خالف ابا علي واستدل على خلافه بانه عين ماله فلا ينتقل عنه الا برضاه ورد الخبر بانه لا يعرف حال رجاله (ولعل) فرقه بين القاميين ان الصبيغ اما ان لا يمكن التخلص منه الا بذلك حيث لا يمكن فصل الصبيغ اولا فيحصل منه شيء واما ان يعسر التخلص بدون ذلك كما هو في الزرع والشجرايس كذلك فتأمل فكان ذلك كله لا يعارض ادلة الاصحاب (قوله) : وعليه اجرة الارض وطم الحفر والارشاد والتبصرة والدروس وغيرها (والوجه) فيها ظاهر (واه) طم الحفر فقد صرح به جماعة الا اذا رضي صاحب الارض ومنعه من طمها فانه يكون كما لو امره ببنائها وقال جماعة له ذلك وان كره المالك لما في تركه من الضرر عليه بضمان ما يقع فيه وقد استغنا الكلام في مثل ذلك في الباب وباب الديات وغيره ورائي تمام الكلام في مثله قريبا (قوله) = ولو لبذل صاحب الفرس قيمة الارض او بالعكس لم يجب القبول = بمعوض ولا غيره كالمبة (قال) في جامع المقاصد وفي حواشي شيخنا الشهيد ما صورته وينسحب خلاف في المسئلة المتقدمة وهي قوله ولو طاب الى آخره فانه قال في المختلف يجب المالك لا الغاصب (ثم) قال في جامع المقاصد ظاهر كلام المختلف في مسألة الصبيغ ثبوت ذلك في الفرس حيث تعجب من كلام الشيخ بوجوب قبول قيمة الفرس على المستعير ومنع هنا ومقتضى كلامه بعد ذلك في مسألة الزرع عدم ويمكن حمل كلام المختلف الثاني على ما اذا لم يطلب المالك الزرع بقيمته الا ان قوله لنا انه عين مال الغاصب ولا ينتقل عنه الا برضاه يناهض ذلك والحاصل انه ان ثبت قوله ههنا بتملك

ولو حفر بئرا فعليه طمها الا ان ينعمه المالك وقيل لو خيف سقوط حائط اسند بجذع الغير
ولو نقل المنصوب فعليه الرد وان استوعبت اجرتة اضعاف قيمته ولو طلب المالك اجرة
الرد لم يجب عليه القبول ولو رضي المالك به في موضعه لم يجوز النقل ولو بنى الارض
بتراب منها والآلات المنصوب منه لزمه اجرة الارض مبنية ولو كانت الآلات للغاصب
لزمه اجرة الارض خرابا ولو غصب دارا فنقضها فعليه الارش واجرة دار الى حين نقضها
واجرة مهدومة من حين نقضها الى حين ردها وكذا لو بناها بآلته (متن)

المالك الزرع بالقيمة اذا اراد فهو قول لا ينافي عن قوة انتهى (قلت) قد ثبت انه قال هنا بالعدم كما فهمه
الشهيد وغيره وقد عرفت الوجه في الفرق آنفا (هذا) وقد تقدم في مسئلة الصبغ انه اذا كان الطالب
الغاصب فلا خلاف في عدم اجابته فهنا كذلك اذ الطريق واحد وقد تقدم في العارية ماله نزع تلم
في المقام (قوله) = ١ = ولو حفر بئرا فعليه طمها الا ان ينعمه المالك = ٢ = قد تقدم الكلام فيه في
اواخر الفصل الاول مستوفى مسبقا (قوله) = ٣ = وقيل لو خيف سقوط حائط اسند بجذع الغير = ٤ =
هذا تقدم الكلام فيه ايضا (قوله) = ٥ = ولو نقل المنصوب فعليه الرد = ٦ = هذا تقدم الكلام فيه
واعاده ليرتب عليه ما بعده وقال في التذكرة لو نقل حرا صغيرا او كبيرا من موضع الى موضع آخر
بالقهر فان لم يكن له عرض في الرجوع الى الموضع الاول فلا شيء عليه وان كان فاحتاج الى موئنة
فهي على الناقل لتعديده على اشكال وجزم به في المسالك من دون اشكال (قوله) = ٧ = وان
استوعبت اجرتة اضعاف قيمته = ٨ = كما صرح به في التحرير وجامع المقاصد وهو قضية كلام من قال
انه يجب عليه الرد لانه عاد بنقله فيجب عليه الرد بكل حال (قوله) = ٩ = ولو طلب المالك اجرة الرد
لم يجب عليه القبول = ١٠ = كما في الثرائع والتحرير وجامع المقاصد والمسالك لان حقه الرد دون الاجرة
وكذا لو طلب حمله الى مكان آخر في غير طريق الرد وان كان اقرب كما في التحرير (قوله)
= ١١ = ولو رضي المالك به في موضعه لم يزال النقل = ١٢ = كما صرح به في الكتب الاربعة المتقدمة لانه تصرف
في مال الغير بغير اذنه فلو نقله حيد فللمالك الزامه باعادته لتعديده في النقل كاحله وكذلك الحال لو
امره بالرد الى بعض المسافة التي نقله فيها فتجاوز (قوله) = ١٣ = ولو بنى الارض بتراب منها والآلات
المنصوب منه لزمه اجرة الارض مبنية = ١٤ = كما في التحرير وجامع المقاصد ووجه ظاهر لان الصفة
الحادثة بالبناء للمالك اذ هي زيادة في ماله وان كانت بسبب الغاصب كالسمن وصياغة الفضة (قوله)
= ١٥ = ولو كانت الآلات للغاصب لزمه اجرة الارض خرابا = ١٦ = كما في التحرير لان البناء ملك
للفاصب وان كان عدوانا وقال في جامع المقاصد على ما تقر من ان زيادة الصفة في ملك المالك بنقل
الغاصب للمالك يجب ان يكون للمالك حصته من اجرة المجموع بعد التسيط على الارض والبناء لان الهيئة
الاجتماعية تقتضي زيادة انتفاع بالارض فتزيد اجرتها بذلك وقد سبق فيما لو صبغ الثوب فزادت القيمة
ان الزيادة تفسط عليها وهو منه على ما ذكرناه هنا انتهى وهو كذلك كما اذا وضع سرجا على الدابة
فزادت اجرتها (قوله) = ١٧ = ولو غصب دارا فنقضها فعليه الارش واجرة دار الى حين نقضها واجرة
مهدومة من حين نقضها الى حين ردها = ١٨ = كما في التحرير لان النقص اخرجها عن كونها مبنية وقد عدم
ما نقض منها وضمنه بالارش فام يبق له منفعة ليضمن اجرتها وتردد في التذكرة في لزوم اجرة مثلها الى
حين الرد او الى حين النقص وقال في جامع المقاصد يشكل بان العين اذا تلتك يضمن بدلها لا اجرة
منهتها كالعبد اذا مات ويمكن الفرق بان العبد اذا مات لا امد ينقطع عنده ضمان اجرتة بخلاف هدم
الدار لان الامد ردها على مالكها مهدومة (قوله) = ١٩ = وكذا لو بناها بآلته = ٢٠ = اي بعد الهدم

اما لو بناها بآلتها فعليه اجرة (اجرتها خ) عرصة من حين النقض الى حين البناء واجرتها دارا قبل ذلك وبعده ولا يجوز لغير الناصب رعي الكلاء النابت في الارض المنصوبة ولا الدفن فيها ولو وهب الناصب فآلتها المتهب رجع المالك على ايها شاء فان رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الناصب بقيمة العين والاجرة وعدمه ولو اتجر بالمال المنصوب فان اشترى بالعين فالربح للمالك ان اجاز البيع وان اشترى في الذمة فللناصب ولو ضارب به فالربح للمالك وعلى الناصب اجرة العامل الجاهل ولو اقر بائع العبد بنفسيته من آخر وكذبه المشتري اغرم البائع الاكثر من الثمن والقيمة للمالك (متن).

فانه يضمن اجرتها بعد النقض مهدومة ويحیی فيه ما تقدم عن جامع المقاصد من ان للمالك حصّة من اجرة المجموع (قوله) - * - اما لو بناها بآلتها فعليه اجرة عرصة من حين النقض الى حين البناء واجرتها دارا قبل ذلك وبعده * - اي قبل النقض وبعد البناء لان البناء بالة الدار ما يملك للمالك (قوله) - * - ولا يجوز لغير الناصب رعي الكلاء النابت في الارض المنصوبة ولا الدفن فيها * - ولا غيرهما من التصرفات كالوضوء والصلاة وان فرض استفادة جوازه من شاهد حال الارض لان شاهد الحال هنا ضعيف لا يعمل عليه لان الظاهر من حال المالك بعد الغصب عدم الرضا هذا في غير الناصب واما فيه فبالاولى وقد حكينا في باب مكان المتولي عن علم الهدى والكراجكي وجها بصحة الدواة في الصحارى المنصوبة استحسانا لما كانت الحال تشهد به من الاذن وحكيّا هناك ايضا عن المبسوط انه قال فيه انه اذا صلى في مكان مغصوب مع الاختيار لم تجز الصلاة فيه ولا فرق بين ان يكون هو الناصب او غيره ممن اذن له في الصلاة واختلاف في المراد من الاذن في العبارة فالشاهد على ان المراد بالاذن الاذن المستند الى شاهد الحال لان طرود الغصب يمنع من استحسان به كما صرح به ابن اديس ويكون اراد التنبية على حالته المرتضى وجماعة كثيرون منهم المصنف ان المراد اذن الناصب واخرون منهم المحقق على ان المراد اذن المالك (قوله) - * - ولو وهب الناصب فآلتها المتهب رجع المالك على ايها شاء فان رجع على المتهب الجاهل احتمل رجوعه على الناصب بقيمة العين والاجرة * - قد تقدم الكلام في المسئلة مستوفى والاصح الرجوع ولا ترجيح هنا في الايضاح (قوله) - * - ولو اتجر بالمال المنصوب فان اشترى بالعين فالربح للمالك ان اجاز البيع وان اشترى في الذمة فللناصب * - قد اطلقوا الكلمة في باب الزكوة فيما اذا اقر بالاطن وكان غير ملي او غير ملي بانه يضمن والربح لليتيم مع ان الشراء بعين المال قليل نادر جدا واغالب الشراء في الذمة وان كانت الدراهم في يد المشتري وذلك لان ما هنا وقد يكونون يتولون انه ان كان من نيته وعزمه وجزمه دفع مال اليتيم ثما جرى مجرى ما اذا اشترى بعينه لكن قد قيد كلامهم في البيان والدروس والتفتيح وجامع المقاصد وفوائد الشرائع وتعليق الفاع وايضا في المسئلة والمساك وجميع البرهان والمدارك ان الربح اذا يكون اليتيم اذا اشترى بعين ماله بل زاد جماعة التمسيد ايضا بما اذا كان المشتري وليا او باجزة الولي وقال آخرون انه لا بد من اجازة الطنل بعد البائع وان كان الشراء من الولي او باجازه لان الشراء لم يقع بقصد الطنل ابتداء (قلت) هذا غير جيد كما بيناه في باب التخيول فيما اذا باع الناصب وترتبت عليه تصرفات كثيرة وقد نستوفى الكلام فيه ذلك لا مزيد عليه (قوله) - * - ولو ضارب به فالربح للمالك وعلى الناصب اجرة العامل الجاهل * - لفساد المضاربة وكونه مغرورا والناصب له اجرة المثل ولا اجرة له ان كان عالما وان كان من عامله عالما كان البيع باطلا (قوله) - * - ولو اقر بائع العبد بنفسيته من آخر وكذبه المشتري اغرم البائع الاكثر من الثمن والقيمة للمالك * - اذا كذبه المشتري لا ينفذ اقراره في حقه بل ينفذ في حق نفسه فتأزم القرامة للمالك الذي اقر له وعلى ذلك اقتصر

ثم ان كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبة وان لم يكن قبضه فليس له طلبه بل اقل الامرين من القيمة والثمن فان عاد العبد اليه بفسخ او غيره وجب رده على مالكة واسترجع ما دفعه ولو كان ازاره في مدة خياره انسخ البيع لانه يملك فسخه قبل اقراره بما يفسخه ولو اقر المشتري خاصة لزمه رد العبد الى المقر له ويدفع الثمن الى بانيه ولو اعتق المشتري العبد لم ينفذ اقرارها عليه (متن)

في التحرير وقد ذهب المصنف هنا الى انباء اكثر الامرين من الثمن والقيمة وفي جامع المقاصد انه مشكل لانه لا يثابروا ان يميز البيع او يردده فان اجازته اغرمه الثمن فقط وان رده اغرمه القيمة وربما نزل على ان يكون قد اقر باستعارته للرهن بعد اقراره بالغصبية فان المستعير للرهن يلزمه اكثر الامرين الا انه خروج عن المسئلة وقد يتزل على ما اذا فعل احد الامرين ومات ولم يعلم ايها فتأمل وقال في جامع المقاصد ان الاصح ان له الثمن ان اجاز والا فليست (قلت) فان كانت قيمته عشرة مثلاً فباعه بعشرين لزم ان تكون العشرة الزائدة مالا يجبر المالك اذا لم يميز ولعل المصنف لا يقول بذلك بل يقول بردها على المالك لان كانت ثلثا لاله فكانت كالانما او كقيمة مضافا الى جبر مظلته وقد استمر في مثله في المبسوط وهو ما اذا ادعى مدع ان العبد الذي بعته غصبته مني فصدقة البائع فقط على انه يغرم له قيمته ولعله نظر الى ان الزيادة في الثمن تجري بحري القيمة كما قلنا فتأمل لكن في جامع المقاصد انه يرددها على المشتري بوجه لا يعلم معه بالحال وهو اشبه وهذا حال المقر بالنسبة الى المالك (قوله) * ثم ان كان قد قبض الثمن لم يكن للمشتري مطالبة به * كما في التحرير وجامع المقاصد وبمثله صرح في المبسوط لانه لم يصدق على اقراره فيكون البيع صحيحا عنده والتسليم والتسلم وقع في محله ثم البائع ينظر فيما بينه وبين الله تعالى فيفعل ما يعلم انه الحق فاذا كان اقراره بالغصب مطابقة للواقع ولم يميز المالك البيع وقبض الثمن رد الزيادة على القيمة على المشتري كما في جامع المقاصد وعلى المالك الى الاحتمال المتقدم وقد تضمن هذا ما بعد بيان حال المقر بالنسبة الى المشتري (قوله) * وان لم يكن قبضه فليس له طلبه بل اقل الامرين من القيمة والثمن * اي ان لم يميز المقر له البيع كما صرح به في التحرير في مثله كما هو واضح بقريضة ما بعده فالمناقشة في العبارة من جهة ترك القيد لم تصادف محزها لان القيمة ان كانت اقل فليس له الا القيمة لانه يزعمه لا يستحق سواها لان البيع يقتضى اقراره غير صحيح وان كان الثمن اقل فليس له سواء سواء اجاز المقر له ام لا لانه لا يقبل اقراره على المشتري بان المالك غيره فلا يستحق ظاهرا سوى الثمن ويتضح ذلك فيما اذا باع الولي مال المولى عليه غطلا او سهوا واما اذا اجاز المقر له البيع فالمستحق الثمن كائناً ما كان (قوله) * فان عاد العبد اليه بنسخ او غيره وجب رده على مالكة واسترجع ما دفعه * كما في جامع المقاصد وبمثله صرح به في المبسوط والتذكرة والتحرير امكن اقراره السابق فيؤخذ به وما دفعه كان للحيوان فتأتي احكامها فيه (قوله) * ولو كان اقراره في مدة خياره انسخ البيع لانه يملك فسخه قبل اقراره بما يفسخه * كما في جامع المقاصد وبمثله صرح به في المبسوط والتحرير والتذكرة وحكمهم بانفساخ لان الاقرار يجب ان ينفذ حيث يمكن نفوذه وهو ممكن على هذا التقدير فكان كما لو اعتق ذو الخيار او باع (قوله) * ولو اقر المشتري خاصة لزمه رد العبد الى المقر له ويدفع الثمن الى بانيه * كما في جامع المقاصد وقد صرح به في مثله في المبسوط والتذكرة والتحرير لان اقراره انما ينفذ في حقه لا في حق البائع اذا لم يصدق (قوله) * ولو اعتق المشتري العبد لم ينفذ اقرارها عليه * كما في الكتب الاربعة على نحو ما تقدم ومعناه ان البائع والمشتري لو تصادقا على كون العبد مغبوباً بعد اعتاق المشتري لم ينفذ اقرارها عليه لان العتق حقه بل يثبت العزم على كل منهما ويستقر على المشتري ان كان عالماً

وكذا لو باعه على ثالث ولو صدقها العبد فالأقرب القبول ويحتمل عدمه لان العتق حق الله تعالى كما لو اتفق العبد والسيد على الرق وشهد فيه عدلان بالعتق خاتمة في النزاع كما لو اختلفا في تلف المنصوب قدم قول الناصب مع عيینه لانه قد يصدق ولا بينة (متن)

(قوله) - * وكذا لو باعه على ثالث * = اي لو تصادق البائع والمشتري على كون العبد مغبوبا بعد ان كان باعه المشتري على رجل آخر لا ينفذ اقرارهما عليه لانه اقرار في حق الغير قوله) = * واو صدقها العبد فالأقرب القبول * = وفي التحرير انه اقوى وفي المختلف انه الوجه لانه عاقل مجبول النسب اقر بالرقية لمن يدينه واقرار العتلاء على انفسهم جائز وان الحق له لان الحرية وان كانت مشتتة على حق الله عز وجل فهي مشتملة على حق العبد وحقوق الله عز وجل مبنية على التخفيف فاذا صدقها على فساد العتق قبل والا لم يقبل الاقرار بالرقية من ظاهره الحرية وانه لو لم يقبل لم يتصور قبول قول المالك في وقوع العتق على وجه فاسد وان صدقها العبد الا بالينة بخلاف سائر العقود مضافا الى ما سياتي مما في جامع المقاصد ولذلك قال انه لا يناو من توة (قوله) - * ويحتمل عدمه لان العتق حق الله تعالى * = كما لو اتفق العبد والسيد على الرق وشهد عدلان بالعتق وهو خيرة المبسوط والتذكرة والايضاح ومعنى كونه حق الله سبحانه انه صار من اهل الجهاد والحج والزكاة وغير ذلك وان شهادة الحسبة تسمع عليهما كما اذا اتفقا اي السيد والعبد على الرقية او اقر العبد لآخر بالرقية وشهد عدلان بالعتق وتعارضا اي في الزمان قدم شهادة العدلين اجماعا ولانه مبني على التعاليم ويقدم على غيره كما صرح بذلك كله في الايضاح وحاول في جامع المقاصد الفرق بين ما نحن فيه وبين المثال فقال يمكن الفرق لان العبد والسيد في المثال اتفقا على الرق والشاهدان لم ينفيا بل شهدا بامر زائد وهو طرر العتق فكانت الشهادة مسموعة بخلاف ما نحن فيه فانهم متفقون على وقوع العتق وانه وقع فاسدا وفي المثال لو قدر اعترافهما بوقوع العتق ودعواهما فسادا لكان كالمسئلة الاولى انتهى ولم يتضح لنا اذا اراد بالمسئلة الاولى مسئلتنا التي نحن فيها ام ما تقدمها وكلاهما لا يتم بل لو اراد مسئلتنا لقال لكان مما نحن فيه فليتأمل (ثم) انه كأنه لم يلحظ الايضاح فانه ادعى فيه الاجماع على تقديم الشهادة مع التعارض اي في الزمان فلا يصح له ان يقول ان الشاهدان لم ينفيا (ثم) انه قال في تأييد الاحتمال الاول ان حق الله تعالى في الاعتاق تابع لوقوعه صحيحا ومنشأ العقد الايقاع اعلم به لانه فعله (قلت) هذان جيدان قال ويلزم عليه عدم انتفاء الزوجية بتصادق الزوجين لان الله تعالى في ذلك حقا فان الزوج اشد احتياطا من غيرها (قلت) هذا غير جيد جدا

خاتمة في النزاع

(قوله) = * ولو اختلفا في تلف المنصوب قدم قول الناصب مع عيینه * = كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك وظاهر غاية المراد الاجماع عليه وقد يظهر ذلك من التذكرة ايضا وان كان مخاانا للاصل (قوله) = * لانه قد يصدق ولا بينة * = معناه انه يمكن ان يكون صادقا فلو لم يقبل قوله لزوم تقليده الجس او فرض التلف ولا يرد مثله او اقام المالك بينة ببقائه مع امكان كذب البينة لان بقاءها ثبت شرعا وظاهر الحال يتتضي صدق البينة فيجوز البناء على هذا الظاهر واهانتها بالحس والضرب الى ان يضطر للحاكم كون تركه ايسر اذا جاز ان البناء على الأصل فانه حجة ضعيفة مختلف فيها في اثبات الاحكام لافي رفعها فانهم اتفقوا على عدم التوريش من مال المذهب المتقود خيره واختلفوا في توريشه اذا مات من يرثه الغائب بل ظاهرهم في النكح والاتفاق على العدم وما نحن فيه من قبيل الثاني فكانت حجة ضعيفة فلا يناسبها التضييت بالعقوبة (ومن الغريب) انهم لم يتناووا في تقديم قول الناصب واختلفوا في باب الاجارة فبا اذا ادعى الصانع تلف ما في يده فقال جماعة انه لا يقبل

فاذا حلف طوب بالبدل وان كانت العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف وكذا لو تنازعا في القيمة على رأي ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد وكذا لو ادعى المالك صفة تريد بها القيمة كتعلم صنعة او تنازعا في الثوب الذي على العبد او الخاتم الذي في اصبعه (متن)

قوله الا بالبيعة كما يأتي بيانه (قوله) = * فاذا حلف طوب بالبدل وان كانت العين باقية بزعم الطالب للعجز بالحلف = * يريد ان الانتقال الى البدل قد يكون تلف العين وقد يكون لتعذر ردها وان كانت باقية فيستحق المالك البدل للحيلولة بتعذر العين والعجز عن ردها وان قطع ببقائها فضلا عن دعوى البقاء. ظاهرا واذا ثبت باليمين تلانها فالعجز اظهر واستحقاق البطل متعين وهو جواب عن قول بعض العامة ان المالك ليس له ان يطالب بالقيمة لانه يزعم بقاء العين فلا يستحق البدل وانما ثبت باليمين تلانها بعد اليمين وان اسنده الى ما قبل (قوله) = * وكذا لو تنازعا في القيمة على رأي * - اي يقدم قول الغاصب بيمينه كما هو خيرة الخلاف والمبسوط والسرايز في موضعين منها والشرائع والنافع والتذكرة والنجير وادارشات والتبصرة والمختار والايضاح والمقتصر والتنقيح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة والرياض وقد نسب في المسالك والكناية الى اكثر المتأخرين وفي الرضا الى عامتهم (والمغائبات) المنيد في الغنعة في باب البيع قال وان اختلفا في القيمة كان القول قول صاحب المتاع مع يمينه ووافقه على ذلك الشيخ في النهاية في باب بيع العذر والمجازفة ولا ثالث لها بعد فضل التبع ولكن قد نسب في الشرائع والتحرير الى الاكثر قال في الكناية لا يبعد ترجيحه ولا ترجيح في كشف الرموز وغاية المراد (حجة) ما عليه المعظم انه منكر وغارم وان الاصل عدم الزيادة وبرائة الذمة وقد اعتضد باطابق المتأخرين عليه ولعل نظير الشيخين في المتعة والنهاية لان كانتا متون اخبار الى ما في صحيحة ابي ولاد من قوله فمن يعرف ذلك اي القيمة قال عليه السلام انت وهو اما ان يلائق على النية فتلزمك وان رد اليمين عليك - فثبتت على القيمة لزمك ذلك مضافا الى موافقة الاعتبار فان المالك اعرف بقيمة ماله من الغاصب الذي يناسبه ان يؤخذ باشق الاحوال لكن الاصل المعتد بما عرفت يقدم عليهما وان كانت خاصة لتقد المكافئة ولا اعتبار بالاعتبار وحده (قوله) = * ما لم يدع ما يعلم كذبه كالدرهم في قيمة العبد = * يريد ان تقديم قوله انما هو فيما اذا ادعى ما يثبت كونه قيمة للمغضوب ولو نادرا اما لو ادعى ما يعلم كذبه عادة لم يقبل كما في الشرائع والتحرير والايضاح وجامع المقاصد والمسالك والروضة ولعل ترك هذا القيد في المبسوط وغيره من بقية الكتب المتقدمة لمكان ظهوره وقال في الكناية قيل لا يقبل فظ هو رد التوقف وهو في غير محله (وهل) يقدم حينئذ قول المالك بيمينه لانتفاء الوثوق بالغاصب حينئذ لظهور كذبه وحصر دعواه فيما علم انتفائه فيلغى قوله بالكلية ام يطالب بما يكون محتملا فيقبل منه وهلم جرا وجهان صريح التحرير الثاني قال في جامع المقاصد لم اجد تصريرا باحدهما وقوى في المسالك والروضة الثاني اطرادا للقاعدة قال ولا يلزم من الغاء قوله المخصوص لعارض كذبه الغاء قوله مطلقا حيث يوافق الاصل والاصل يتقطع بالخبر الصحيح مع موافقة الاعتبار من وجهين في غير محل الوفاق فتأمل (قوله) = * وكذا لو ادعى المالك صنعة تريد بها القيمة كتعلم صنعة * = اي يقدم قول الغاصب مع يمينه كما في السرايز والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها وقال في الكناية انه غير بعيد لكن في عموم صحيحة ابي ولاد ما يمانا انه انتهى (والجواب) عن ذلك هو ما تقدم في مثله بل هنا لا مخالف منا اصلا وكذا لو كان الاختلاف في تقدمها لتكثر الاجرة لاصالة عدمه (قوله) = * او تنازعا في

اما لو ادعى الناصب عيبا تنقص به القيمة كالمرور او ادعى رد العبد قبل موته والمالك بدمه او ادعى رد النصب او رد قيمته او مثله قدم قول المالك مع اليمين ونواختلفا (متن)

الثوب الذي على العبد او الخاتم الذي في اصبه **كـ** - هذا ايضا كسابقه لا اجد فيه خلافا وبه صرح في الكتب المقدمة الا السرائر والتحرير لان يده حالة النصب على الجميع فيقدم قوله ولا يعارضه سبب زيد المالك لان يد الناصب طارية ناسخة لسابق ويدل على ترجيحها على يد المالك الحكم بقاءه انسه ومنعته وذلك فرع اثبات الد (قوله) **كـ** - اما لو ادعى الناصب عيبا تنقص به القيمة كالمرور **كـ** - هذا قد تقدم الكلام فيه في اخر المطلب الاول واستوفينا الكلام فيه وهو من متزددات الكتاب (قوله) **كـ** - او ادعى رد العبد قبل موته والمالك بعده او ادعى رد النصب او رد قيمته او مثله قدم قول المالك مع اليمين **كـ** = الوجه في الاخيرين ظاهر لكن الاشكالك في آخره وهو انه يلزم من تقديم قول المالك تخليد الناصب في الحبس كما في دعوى التالف ويمكن ان يدعى الناصب في دعواه التالف اثبات البذل على نفسه وحلفه لاسقاط العين ولو لم يسمع خذ في الحبس فكان عليه اليمين وفي دعواه الرد هذا ادعى اسقاطها فلذا يحلف المالك على عدمه وحلف حجة شرعية كالبينة فلا اقل من البذل ومدى تضرر العين ولكن لا ينتقل اليه ابتداء بل بعد الحبس والعذاب اذ الانتقال الى البذل ابتداء من دون حجة شرعية كحلفه اي الناصب يوجب الرجوع الى قوله محض في صورة الحلف والى قوله في الجملة في الانتقال الى البذل لانه ما ادعى الرد الا لينتقل الى البذل على الظاهر وتكليفه بالعين يوجب تخليده الحبس فلا بد من شيء يقوم مقام حلفه اي الناصب ولا بد من شيء لاجل حلف المالك الذي هو حجة كالبينة وائس هو في الموضوعين الا الضرر والحبس الى ان توجد قرينة على عدم العين كما او اقام شاهدا واحدا على دقائهما (واما الاول) فقد استدلل عليه في جامع المقاصد باصل عدم التقدم واصل بقاء الختان واستحقاق المطالبة وعدم التسليم واراد باصل عدم التقدم اصل عدم تقدم الرد على الموت وهو معارض بثبته وهو اصل عدم تقدم الموت على الرد وهذا التعارض يقضي باقتنائهما لكن الاصل عدمه منسافا الى ندرته او عدم تحققه فيا نحن فيه وعدم كفايته في برائة ذمة الناصب فوجب الترجيح واستصحاب عدم الرد والتسليم يقضي بعدمه الى حين الموت ولا يعارضه اصالة برائة الذمة المرجحة للاصل الثاني لانها مطروعة باصالة بقاء الختان واصالة استحقاق المطالبة فيكون القول قول المالك مع يمينه كما هو المشهور (وحكى) في الشرائع والتحرير عن الخلاف انه قال ولو علمنا في هذه بالقرعة كان جازا والذي حكياه عن الخلاف انما قاله عند تعارض البيتين وهو الذي حكاه عنه في المختلف والدروس وقال في الدروس انه حسن بل واجب وفي المختلف انه غير بعيد ولم يتعرض في المبسوط في المسئلة الا لما اذا اقام كل واحد منهما بيته بما ادعاء وقال ان قلنا ان البيتين اذا تقابلتا سقطتا وعدنا الى الاصل وهو بقاء العبد عنده حتى يعلم رده كان قويا (وقال) في السرائر ان الذي قواه مذهب الشافعي في تقابل البيتين لا مذهب اصحابنا وانما مذهب اصحابنا بسلا خلاف بينهم الرجوع الى القرعة لانه امر مشكل وليس هذا من ذلك القبيل ولا هو منه بسبيل ولا في هذا اشكال الى ان قال اننا نسمع بيته الناصب لانها تشهد بامر قد يفتني على بيته المالك واطال في بيان ذلك والاستدلال عليه وانتفض في المختلف للرد عليه وقال ان قول الشيخ غير بعيد كما عرفت وقال في المسالك ان القول بالقرعة عند تعارض البيتين مشكل لانه مع التعارض ان قدمنا بيته الداخل وهو الذي قدم قوله فهو المالك والآخر فهو الناصب وقد نبه على ذلك في المختلف (ونحن نقول) لعل الشيخ في الخلاف يقول ان العبد الذي في اللحد خارج عنهما ثم ان من قدم قوله هنا لا يكون داخلا والناصب خارج لان الخارج هو المدعي بجميع معانيه والمالك لا يترك اذا ترك ثم انه قد تقدم اننا ان الناصب ذا يد فتأمل جيدا (قوله) **كـ** = ولو اختلفا بعد زيادة قيمة المصوب في وقتها فادعى المالك الزيادة قبل التلف

بعد زيادة قيمة المنصوب في وقتها فادعى المالك الزيادة قبل التلف والناصب بعده اودعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الناصب والناصب سبقه على اشكال ولو غصبه خمر اودعى المالك تخلله عند الناصب وانكر الناصب قدم تول الناصب ولو باع الناصب شيئاً او وهبه ثم انتقل اليه بسبب صحيح فقال للمشتري بعتك مالا املك واقام بيته فالاقرب انه ان اقتصر على لفظ البيع ولم يضم اليه ما يتضمن ادعاء الملكية سمعت بينته والا فلا كأن يتول بعتك ملكي او هذا ملكي او قبضت ثمن ملكي او قبضته ملكي (متن)

والناصب بعده * = اي لو اختلفنا بعد اتفاقهما على ارتناع قيمته باعتبار السوق في وقت حصول هذه الزيادة فادعى المالك حصولها قبل التلف وانكر الناصب ذلك قدم قول الناصب بيمينه لانه منكر (وحكى) في جامع المقاصد عن الشهيد في حواشيه انه قال ان هذا انما يتأق عند من قال بضمان اء. لا القيم اما من قال بضمان قيمة يوم التلف كالصنف في المختلف فانه يسقط هذا الفرع قال وفيه نظر لان زيادة النية قبل التلف صادق على ما اذا بقيت الزيادة الى حين التلف فلا يتم ما ذكره (قلت) بل هو صادق علم ما اذا زادت عند التلف ونظر الشهيد الى ان اطلاق هذه الكلمة لا يتم الا على ذلك القول وهو كذلك الا ان يدعى ان المتبادر من الكلمة هو ما كان عند التلف فيكون هو الجواب لا غيره وقد اختار المصنف هذا القول في الكتاب في عدة مواضع وانما ظاهره التوقف فيه في موضع واحد ولا مانع من تنزيل هذا الفرع على مختاره فيه (قوله) * = اودعى المالك تجدد العيب المشاهد في يد الناصب والناصب سبقه على اشكال * = هذا قد تقدم الكلام فيه في آخر المطالب الاول مستوفى لانا ذكرنا هناك هذا الفرع والفرع المتقدم وهو ما اذا ادعى الناصب عيباً تنقص به القيمة (قوله) * = ولو غصبه خمر اودعى المالك تخلله عند الناصب وانكر الناصب قدم قول الناصب * = كما في التذكرة وجامع المقاصد مع تقييد الضرر فيها بكونها محترمة لانها اذا تخللت حينئذ في يد الناصب تكون للمالك وغيرها يملكها الناصب بتخللها عنده لحدوث الملك في يده ولا اولية للاول كما تقدمت ان ذلك (والوجه) في تقديم قول الناصب ان الاصل برأنة ذمته وشغلها يتوقف على البوت والاصل عدم تخللها وكان على المصنف ان يوثق الضمير وقوله قدم قول الناصب جواب للشرط في المسائل الثلاث (قوله) * = ولو باع الناصب شيئاً او وهبه ثم انتقل اليه بسبب صحيح فقال للمشتري بعتك مالا املك واقام بيته فالاقرب انه ان اقتصر على انظ البيع ولم يضم اليه ما يتضمن ادعائه الملكية سمعت بينته والا فلا كأن يقول بعتك ملكي او هذا ملكي او قبضت ثمن ملكي او قبضته ملكي * = هذا معنى ما في البسوط والسرائر والارشاد والايضاح والدروس والممالك ومجمع البرهان وقد استحسنه في التحرير ولا ترجيح في الشرائع قال هل تسمع بينته قيل لا لانه مكذب لما تباشرة البيع وقيل ان اقتصر على انظ البيع ولم يضم اليه من الاناظر ما يتضمن ادعاء الملكية قبلت والاردت ونحوه ما في المسالك والتحرير من ان في المسئلة قولين مع استحسان الاخير في الاخير واختياره في الاول كما سمعت ولم نجد القائل بعدم السماع مطلقاً لافي الباب ولا باب الهبة ولا الاقرار ولا التضامن انه في المبسوط لم يذكره لاحد من العامة وانا ذكره احتالاً (وجهه) اي هذا الاحتمال انه مكذب لبيته تباشرة البيع الدال على كونه ملكه (وضعف) بان البيع كما يقع على ما يملكه يقع على ما لا يملكه بالاذن وغيره غاية انه بدون الاذن يكون فضولاً فطلق البيع لا يقتضي تكذيب البيعة لا مكن صدقها في عدم ملكيته وامكان صدقه في البيع ولهذا حكم الاصحاب بالسماع ان اقتصر على انظ البيع (وعساك تقول) ان اطلاق البيع يتزل على ما يملكه

﴿ المقصد الثاني ﴾ في الشفعة وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المستقلة عنه بالبيع (متن)

ومن ثم لو باع مالك النصف مشاعاً للنصف انصرف الى نصيبه ولم ينزل على الاشاعة ولو كان اعم لزل عليها (لانقول) قد تقدم ان احتمال الاشاعة في المثال قد ذكره جماعة فليس بتلك المكانة من الوهن والضعف (ثم) ان القرينة هنا موجودة فان الظاهر القالب كون الانسان لا يبيع ملك غيره بل مال نفسه فاذا امكن حمل البيع على ملكه لم يحمل على ملك غيره لهذه القرينة الظاهرة والعرف المطرد بخلاف ما اذا باع الانسان مال غيره الذي لا يتصور ملك البائع له حالة البيع فانه لانزوله الا في ملك الغير لهدم امكان غيره فكان ذلك هو الغرض لهذا الرد (واما) حكم بعدم الباع فيما اذا ضم اليه ما يدل على كونه مالكا فلتكذيبه اياه وفي جمع البرهان يمكن السماع لدعوى الزام والنسيان الا انه قال انه بعيد جدا

تم بعون الله تعالى وحده

بنوفيق بنه وتسديده

وصلى الله على

محمد وآله

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله كما هو اهل رب العالمين والصلاة والسلام على خير خلقه اجمعين محمد وآله الطاهرين ورضي الله عن رواتنا المحسنين **﴿ وبعد ﴾** فهذا ما برز من كتاب نتائج الكرامة على قواعد آية الله الامام العلامة زاد الله سبحانه اكرامه تصنيف الاقل الاذل الراجي غفر له الغني محمد الجواد بن محمد ابن محمد الحسيني الحسيني العالمي عامله الله بطهانه الجلي والخي قال :

﴿ المقصد الثاني في الشفعة ﴾

(قوله) - وهي استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المستقلة عنه بالبيع - قد بينا في باب الرهن ان المقصود من تعريفات الابواب انا هو التمييز في الجملة لتذكر نيتهم عليها الاحكام وقد استوفينا الكلام في ذلك فلا يقدح فيها ما يورد عليها ولا ينبغي الاشتغال بذلك لانه لا تعرض لذلك المقداد والمحقق الثاني والشهيد الثاني ووردوا على المصنف والمحقق ما اوردوا اردنا ان نبين ان ذلك في غير محله فتعريف الكتاب هو ما سمعته (وعرفنا) في الشرائع بانها استحقاق احد الشريكين حصة شريكه بسبب انتقالها بالبيع (اول) من عرفها فيما اجد ابو الصلاح صاحب الغنية قال في الغنية الشفعة في البيع عبارة عن استحقاق الشريك المخصوص على المشتري تسليم المبيع بثل ما بدل فيه او قيمته وتبعه على ذلك صاحب السرائر عرفا وعرفا واقتناها المتأخرون فعرفها الرجل الواحد في كل كتابا حصل في نظره انه يحصل التمييز به (وقد) اورد الفاضل المقداد على تعريف الكتاب وواقفه شيخنا صاحب الرضا بانه قد يستحق الشريك حصة شريكه المستقلة عنه بالبيع لا بسبب الشفعة بل بسبب آخر كالارث وغيره

وفيه (اولا) انك قد عرفت ان الغرض التميز في الحيلة وانما يحصل تمام التميز بالعلم بالشرائط من الادلة (وثانيا) ان ترتيب الحكم على الوصف يفيد العلية ولهذا قلنا ان التخصيص بالوصف كالتخصيص بالا والشرط والغاية وان مفهومه حجة (وثالثا) ان قوله بالبيع قد تنازع قوله استحقاق والمتنقلة (ورابعا) ان المراد بالاستحقاق الاستحقاق الشرعي الذي ثبت بسبب البيع لاحد الشخصين فقط اللذين كانا شريكين في شيء واحد الى حين انتقال المالك الى غير مستحق ذلك الاستحقاق فالمراد بالشريك الشريك عرفا وهذا المعنى هو المتبادر من التعريف المذكور من وجوه وان كان قد يبادر بالنكير باده بدو وبه يندفع ما اورد عليه وعلى تعريف الشرائع المعقق الكركي والشيد الثاني (قال الاول) ان هذا التعريف صادق على استحقاقه انتزاع حصته ببيعها اياها ثم ان الحصة لا يعلم اي حصة يراد بها وكذلك الشريك لا يتعين اي شريك يراد به قلت (اما الاول) فيدفعه ان المتبادر انتقالها الى غير مستحق ذلك الاستحقاق وما ذكر لا يعرج عليه الا بعد التنبيه عليه (وقال) في المسالك (ولا يجدي الجواب بان الشريك بعد البيع ليس بشريك لمنع زوال اسم الشريك عنه بناء على انه لا يشترط في صدق المشتق حقيقة بقاء المعنى المشتق منه ولا مخلص من ذلك الا بالاتزام كونه حينئذ مجازا لكن الاصحاب لا يقولون به وعلى هذا فتصدق الشركة بعد المقاسمة ويلزم ثبوت الشفعة لاحد الشريكين المتقاسمين في حصة الاخر اذا باعه لغيره وهم لا يقولون به (قلت) ظاهره الاجماع على انه لا يشترط في صدق المشتق بقاء المبدأ حيث نسب عدم القول بالمجازية الى الاصحاب وهو صحيح وما اذا كان متجاوزا متعديا كالضارب والقاتل واما اذا كان الوصف مما ثبت (كذا) دام فلا ريب في اعتبار البقاء كما انه اذا كان مما ثبت (كذا) دام مدة فانه يعتبر البقاء تلك المدة كالحائض والشريك فالعائض بعد انقضاء الحيض ليست بمحاض والشريك بعد البيع ليس بشريك لغة وانما هو شريك عرفا من جملة مساكنات اهل العرف والبناء في الباب على العرف (واما) الشريك بعد التسمية فيرد الا يرد به انك قد عرفت ان المراد من الاستحقاق هو الاستحقاق الشرعي فلا تثبت فيما اذا لم يكن عموم يدل على اثباتها فلم يدخل حتى يخرج (سلمنا) انه تعريف للمطلق لكن الصحيح وغيره يعلمان من الشرائط بعد ذلك (واما) قوله في جامع المقاصد ان الحصة لا يعلم اي حصة يراد بها وكذلك الشريك لا يتعين اي شريك يراد به فقد اوضحه في المسالك بقوله انه يصدق مع كثرة الشركاء اذا كانوا ثلثة فباع احدهم لاحد الاخرين فانه حينئذ يصدق بقاء شريكين قد انتقلت الحصة المستحقة بالبيع الى احدهما من شريكه الا ان يقال هنا الشريك لم يستحق حصة شريكه بل بعض حصته وهي الثلثة بالبيع دون باقي حصته حيث ان شريكه يشمل الشريكين بناء على ان الفرد المضاف ينيد العموم فلم يتحقق استحقاقه حصة شريكه ويؤيد هذا ان الحصة وان كان صادقة على بعض ما يستحقه الشريك كما يقال باع حصة من نصيبه وان قلت الا انها باضافتها الى الشريك تتناول جميع حصته بناء على التاعدة المذكورة (قلت) لعله اشار في جامع المقاصد بقوله ان الحصة لا تعلم اي حصة هي الى ما ذكره في المسالك في قوله الا ان يقال واثار ايضا بقوله في جامع المقاصد وكذلك الشريك لا يتعين اي شريك الى ما في المسالك من قوله انه يصدق مع كثرة الشركاء الخ (ثم) قال في المسالك ولا تنال من هذه المضايقات الا بدعوى كون الشريك بعد انتقال حصته لم يبق شريكا عرفا والاستحقاق بسبب بيع احد الشريكين الاخر لا يتحقق الا بعد تمام البيع ومعه يزول الشركة عرفا وان صدقت لغة انتهى وفيه نظر من وجوه (الاول) انه اذا كان الشريك بعد البيع لا يثبت شريكا عرفا خرجت جميع افراد المعرفة فلم يبق منها شيء داخل تحت التعريف (والثاني) ان المتبادر من التعريف ان هناك شريكين لا غير فلا يحتاج الى قوله الا ان يقال الى اخره (ثم) انما تضمنه اي قوله الا ان يقال غير تام لان الحصة في تعريفنا الشرائع والكتاب مقيدة بكونها متنقلة بالبيع (والثالث) ان اضافة حصة الى الشريك ليست بعموم قطعا بل هي اعم والا لزم ان لا تثبت الشفعة اذا باعه بعض الحصة لانه ليس بجميع الحصة (ثم) ان الحال في الاضافة كالحال في التعريف باللام تجري فيه الاقسام الاربعة وليست

وليست بيما فلا يثبت خيار المجلس وفيه فصول (الاول) المحل وهو كل عقار ثابت مشترك بين اثنين قابل للتقسمة فلا تثبت في المتمولات على رأي (متن)

كل اضافة للعموم هذا وقد اجتمعت الامة على ثبوتها وان اختلفوا في مسائلها كما في المذهب البائع (قوله) = ١ = وليست بيما = ٢ = باجماع الامة على الظاهر من التذكرة وغيرها (قوله) = ٣ = فلا يثبت خيار المجلس = ٤ = عند اصحابنا جميعهم كما في جامع المقاصد وعند علمائنا كما في التذكرة وبلا خلاف كما في السرائر فلو اخذ واثبت المالك لم يكن له الخيار في النسخ نعم له العفو والاستقاط قبل ذلك وللشافعي قولان في ثبوت الخيار بان يترك بعد ما اخذ او ياخذ بعد ما ترك ما دام في المجلس لان ذلك معاوضة فله في اخذها وتركها خيار المجلس ولا ينقطع بمناقرة المشتري المجلس وبإني انشاء الله تعالى ما يدل على ثبوت خيار العيب والظاهر ثبوت خيار العين لان فيه دفعا للضرر المتيقن ولانه ربما ادى ذنبه الى الضرر بان يبيعه باضعاف النسيئة لا يطاق الشيع الجاهل بها والظاهر انه لا يثبت فيها خيار الشرط اذ لا عقد ليشترطا فيه ذلك مع عدم الدليل على ثبوته (قوله) = ٥ = الاول المحل وهو كل عقار ثبت مشترك بين اثنين قابل للتقسمة = ٦ = (اما) ثبوتها في العقار ثبت كالمساكن والعراض والبساتين فقد استفاض نقل الاجماع عليه حكاه الشيخ في اختلاف والاحتج في الشرائع والنافع في موضعين من كل منهما وتلميذه في كشف الرووض والمصنف في التذكرة والذبيد في غاية المراد وصاحب جامع المقاصد والشهيد الثاني في المسالك والقدس الاردبيلي في مجمع البرهان وفي التذكرة ايضا انه لا خلاف فيه الا من الاصم (قوله) = ٧ = فلا تثبت في المتمولات على رأي = ٨ = هو ذرية اختلاف واليسر طوه جمع البيان وفقه الراوي ندي صرح به = ٩ = الامة = ١٠ = بيع الثمرة والشرائع والنافع وكشف الرووض والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة = ١١ = والتميز والابتناح واللمعة والمقتصر وجامع القامح والمسالك والروضة ومجمع البرهان (وحكا) في المختلف عن والده وابن حمزة واطه اراد في الوسطة كما حكاه عنها كاشف الرموز او اراد الوسيلة لانه الظاهر منها ومن الراسم لان الظاهر منها اختصاص الشئمة بالذات اي العقار (وهو) الذي يقتضيه كلام الحسن ابن ابي عتيق حيث قال لا شئمة في سنية ولا رنية ولا قال = ١٢ = بالنقل بينهما وبين غيرها وقد قال به او مال اليه في غاية المراد ونبي عند البه في الكفاية (وهو) ذهب اكثر اصحابنا كما في اختلاف واكثر التأخرين كما في المسالك والكفاية والاشير كما في المذهب البائع والمشهور كما في التذكرة وجامع المقاصد وبين التأخرين كما في مجمع البرهان وعليه المتأخرون كما في السروس وهو الظاهر من روايتهم كما في اختلاف واخباره اشركا في التذكرة (وقد) نسب في الدروس الى ظاهر اليسر والاني وجدناه في عدة مواضع منه التصريح به وهو الذي حكاه عنه جماعة (وكيف كان) فان الظاهر ان النزول به من التمداء خمسة وستعرف ان الصدوقين اكثر = ١٣ = واثقة لهم لانها لما وافقا ارباب النول الثاني في البجير ان الرقية كما تسمع (واذا) النول بانها تثبت في كل بيع = ١٤ = يقول او غيره فهو صريح المنفعة في احوال قال وكذلك الحكم في جميع العروض والنهاية في اول كلامه والاستبصار والانتصار والكافي والمناقب والنية والسرائر وقيل انه خيرة الصدوق في المنع والاداء في رسالته وستسمع ما فيها وهو المحكي عن ابي علي ونبي عنه البه في الدروس وفي المذهب انه انظر في الذهب وفي السرائر انه اظهر اتوال ابيه بنو منه ذهب السيد وغيره من المشيخة (وقد) حكى شيخنا في الرياض عنها دعوى الاجماع وجهه (وجه باطل) من نسخ اجلي الانتصار وليس كذلك قطعا لانه قال في السرائر الدليل على صحته اختراؤه الاجماع من المسلمين على وجوب الشئمة وعموم الاخبار انتهى وهو غير دعواه على ما نحن فيه والله استدل بالعموم من الاخبار وعموم مقتضى الاجماع والا فكيف يقول قبل ذلك انه اظهر اتوال اصحابنا كما هو واضح (وفي) المسالك والكفاية والمنتبه والرياض انه مذهب اكثر المتأخرين وجماعة من المتأخرين لكننا نحن لم نجد ذلك لاحد من تخرج الا ما في الدروس من نفي البه في الانتصار والاجماع

عليه وانه من مترداتنا وان الاخبار به كثيرة (هذا) وقد قال في المختار ان المفيد في الشفعة لم يصرح بشي
ونسب هذا القول في الدروس الى ظاهرها اي المتعة وكلامها في غير محله كما عرفت (والشيخ) في النهاية بعد
ان صرح بحكيته انه قال ولا شفعة فيما لا تصح قسمته وهو يوافق العموم الصريح في كلامه الاول
وقال في الدروس ان الصدوقين اثبتاها في الحيوان والرقيق والموجود في المنع لاشفعة في سنية ولا طريق
ولا حمام ولا نهر ولا ثوب ولا في شي مقسوم وهي واجبة في كل شي عدا ذلك من حيوان وارض وريق
وعتار ولعل الظاهر منه ارادة العموم لا قصر الحكم على المذكور ونحوه ما حكى عن رسالة والده وما
في الاستبصار قد لا يكون مذهبا له لانه جمع بين الاخبار فتأمل فقد قل القائلون بهذا القول ولا ترجيح
في التتميم والاتباع (ونحن نقول) ان ما اختاره المتأخرون هو المختار لانه هو الموافق للاصول وان القائل به
اكثر وان ادلته من الاخبار اشهر واظهر واكثر (ونعم) ما قال المقدس الاردبيلي ان الادلة من العقل
والنقل كتابا وسنة واجماعا دل على عدم الجواز فيما ينقل وما لا ينقل خرج مالا ينقل مطلقا بالاجماع
وبقي الباقي تحت المنع بالدليل القوي المفيد لليقين واراد بالدليل المفيد لليقين ان من الاصول المقررة
والضوابط المسلمة انه لا يجوز التسلط على مال المسلم الا برضاه وطيب نفسه مضافا الى ان الاصل ايضا براءة
ذمة المشتري من وجوب دفع ما اشتراه الى الشريك والاصل اباحة تصرفه فيه (واما) ما ادعاه علم الهدى من
الاجماع على ثبوتها في كل شي من المبيعات من عقار وضيعة ومتاع وعروض وحيوان كل ذلك مما يشمل
القسمه اولا يتعلم اهذا نصه في معقداجماعه فهو من بامور (الاول) اطلاق التأخيرين على خلافه وقد عرفت
انه في الدروس نسب عدم ثبوتها فيما لا ينقل الى التأخيرين وظاهره انهم مجمعون على ذلك ويشهد له تتبع
(الثاني) انه معارض بنسبة الخلاف في الخلاف الى اكثر اصحابنا وبالشبهة الطلعة في التذكرة وجامع
المقاصد ويقول كاشف الرموز في ردّه باننا (فاناخل) لانتهى مع وجود الخلاف (ثم) اذ رجعنا الى التبع وملاحظة
اصحاب التاوى ممن تقدمه او عاصره والى رواية الاخبار اذ الاقدمون انا ينقلون ما استمرت عليه طريقتهم
واستقامت عليه سيرتهم يعرفون ذلك من اثرهم واخبارهم فرأينا ان الموافق له من اصحاب التاوى
ابو علي فيا حكى عنه وائس النقل كالعيان (واما) الصدوقان فمخالفان له لانها لم يثبتاها في السنية والطريق
والحمام والنهر والثوب ومعقداجماعه كما عرفت نص صريح في عدم الترق بين ما يقبل القسمه وما لا يقبلها
فكل من قال بعدم ثبوتها فيما لا يقبل القسمه مخالف له وهو المشهور كما في التذكرة كما ياتي انشاء الله تعالى
ومنهم الشيخ في النهاية ثم ان الشهيد فهم منها اي الصدوقين قصر الحكم على الحيوان والرقيق وهذه
مخانة اخرى ان تم ما فهمه (واما) المفيد فقد سمعت ما حكاه عنه في المختلف وما حكاه في الدروس
(واما) رواية الاخبار فقد (روى) الكليني وحده ان الشفعة لا تكون الا في الارضين والدور فقط (وروى)
ايضا هو والشيخ في التهذيب في الصحيح ان لاشفعة في الحيوان (ورواه) الشيخ ايضا وحده موقفا (ورواه)
الصدوق وحده صحيحا (وروى) الكليني والشيخ ان لاشفعة في سنية ولا في نهر ولا في طريق وزاد في الفقيه
ولا في رحا ولا في حمام ورووا جميعا ايضا بعدة طرق ان الشفعة لا تكون الا لشريك لم يقاسم وهذا يقضي
بانها لا تكون الا فيما يمكن فيه القسمه وبذلك يعرف مذهب المشايخ الثلاثة ان كانت رواياتهم تدل
على آرائهم وتعرف آراء رجال هذه الاخبار وهم يبخذ المتكرر منهم ما يبلغون عشرين رجلا تقريبا
او يزيدون وفيهم من اجمعت العصابة على تصحيح ما يصرح عنه وان لحظت الطرق يبخذ المتكرر زادوا
على اللذين فيا احتمل (فان قلت) قدرى ثقة الاسلام والشيخ عن يونس مرسلا والصدوق مرسلا عن ابي
عبد الله (ع) عن الشفعة لمن هي وفي اي شي هي ولمن تصالح وهل يكون في الحيوان شفعة وكيف هي فقال
الشفعة جائزة في كل شي من حيوان وارض او متاع اذا كان الشي بين شريكين لا غيرها فباع احدهما
نصيبه فشريكه احق به من غيره وان زاد على اثنين فلا شفعة لاحد منهم (وروى) الشيخ في صحيحة ابن
سنان قال قلت لابي عبد الله عليه السلام الملوك يكون بين شركاء فباع احدهم نصيبه فقال احدهم

انما حقيقته انه اذا قال نعم اذا كان واحدا وقدره في الكافي في الحسن والشيخ في الصحيح من دون تفاوت اصلا لكن مع زيادة قليل له في الحيوان شذعة فقال لا وروى نحوه في التقيي مع زيادة لاشذعة في حيوان الا ان يكون الشريك فيه واحدا مضافا الى اطلاق قوله (ع) في حسنه الفتوي هارون بن حمزة الشذعة في البيوع اذا كان فهو احق بهما من غيره بالثمن وقول امير المؤمنين (ع) في خبر السكوني وصي اليتيم بعتله ابيه ما خذله الشذعة اذا كان له فيه رغبة وقال للغائب شذعة ونحو ذلك خبر البقباق والبصري فهذه الاخبار في مقابلة تلك الاخبار والرجال في مقابلة الرجال (قلت) اما الاولى (ف) ارساله واءشاله في رواية الفقيه وقله رجاله واءدم موافقة جوابها التمسوها معارضته برسالة الكليني الاخرى الصريحة بصدقية الحلبي وحسنه وموثقة سيلان بن خالد وعبد الله بن سنان حيث ورد فيها جميعا ان ليس في الحيوان شذعة فتعمل الرسالة على التقيي من ابي حنيفة ومالك كما حكاه عنها في الخلاف وحكى في التذكرة عن مالك في احدي الروايتين ثبوتها في كل المتقولات ولما رواه العامة كما في التذكرة ان النبي (ص) قال الشذعة في كل شيء وهو يوافق صدور متن الرسالة ونقل الشيخ والمصنف مع شهادة الخبر العامي يقدم على نقل السيد في الانتصار من ان العامة مجمعون على انها لا تجب الا في العقار والارضين دون العروض والامتنعة والحيوان على انه قال في الانتصار انه قد روي عن مالك خاصة انه اذا كان طعام او بر بين شريكين فله شريكه الشذعة او يحمل الرسالة على الاستصحاب كبره في بن عوفته من تحريره القدماء لم تتحقق شهرة تجبر مراسلتهم لان التبع ولا من اجماع الانتصار ولا من النسبة الى اكثر المتقدمين في المسالك نعم الشهرة في القول الاخر معلومة بين المتأخرين منقولة على الاطلاق كما عرفت فتجبر رسالة الكليني وغيرها ان احتاج وحمل الشيخ في الاستصحاب الاخبار الثانية ابوتها في الحيوان على ما اذا كان بين اكثر من شريكين غير جيد جدا لانه مضى الى بعد وعدم المسببة اذلا شذعة مع الكثرة في الحيوان وغيره لا يتأتى في صحيتها الحلبي لانه (ع) نفاها فيهما عن الحيوان مع النفيد قبل ذلك بالواحد اذ الخبر هكذا عن ابي عبد الله (ع) المداوك يكون بين شركاء فباع احدهم نصيبه فقال احدهم انما حقيقته بالذات قال نعم اذا كان واحدا قليل له في الحيوان شذعة فقال لا فتأمل (وعسالك تقول) قد دلت الاخبار الصحاح ومن جملتها الاخبار التي انتهت عن الحيوان على ثبوتها في المداوك وان الشريك احق (قلت) ليس في هذه الاخبار الا انه احق وهو ظاهر في الاستصحاب دون الحكم والاياب (سلسلة) عدم الشهور اكنه ينزل عليه جمعا ويكتفي في الشاهد على الجمع بين الاخبار مجرد الاشعار ويمكن تنزيل الرسالة على ذلك كما تقدم ان لم نظرحا او نحملها على التقيي (او نقول) ان هذه الصحاح دلت على نفي الشذعة في الحيوان فيني في غيره لعدم القائل بالتصل وقد دلت على ثبوتها في المداوك ولا تائل بالتصل فتدبرنا نت فوجب اسرارها والرجوع الى غيرها (ثم) انه يمكن حمل المداوك فيها على المداوك الذي لم ينقل كما لعله ينهم من بعض هذه الاخبار وليس المداوك صريحا نصا في العبد والامة فتخصص هذه الاخبار بما ذكر في ذيلها وفي غيرها بان ليس في الحيوان شذعة (ثم) ان صحيتها الحلبي لم يعمل بها احد من اصحاب التولين بل ولا يدرهم ولا نزل القائل به من الاصحاب سوى المحقق في كتابيه والمصنف في التعرير وقد اعترف النويد ومن تأخر عنه بعدم معرفته نعم عمل بهما المصنف في المختلف كما يأتي ان شاء الله تعالى (واما الثانية) أغني حسنة الفتوي التي استدلت باطلاتها في الرياض فهي في حكم المقتيدة قال سألته عن الشذعة في الدور اشئ واجب للشريك ويعرض على الجار فهو احق بهما من غيره فقال الشذعة في البيوع اذا كان شريكا فهو احق بهما من غيره بالثمن فاسم كان راجع الى الجار ولا يمنع احتمال رجوعه الى الشذعة (ثم) من الشذعة (و) ليس لك على الاول ان تقول ان خصوص المورد لا ينحصر في الراد لعدم استقلال الجواب فنافي ١٠ - تسمع وقد عرفت انما في الاخبار التي وردت بان لا شذعة الا للشريك غير مقاسم فلا وجه لاستدلاله في الرياض باطلاها بل لم يذكر في السرائر في ادلة خصه سواها على ان هذه الاطلاقات جميعها وانطلاق انجلو السكوني والبقباق والبصري لم تكن مسوقة لبيان تعميم الشذعة وانما هي لبيان احكامها انما كما

ولا في البناء والفرس اذا بيعا منفردين ولو بيعا منضمين الى الارض دخلا في الشفة تبعا (متن)

هو الظاهر المتبادر لمن لحظها فلا وجه للاستدلال بها كما حرر في فنه وقد بيناه مرارا في مطاوي هذا الكتاب ووضحناه في باب الرهن وقد بان بذلك صحة ما قلناه في الوجه الثالث في صدر المسئلة من ان اخبارنا شهر واظهر واكثر وعليها استمرت طريقة الناس في معاملاتهم وانهم لينكروا ثبوت الشفة في التوب والتدر والابريق والفرس والبعر والحطة والشعر والمخ والتبر والزبيب فاوان احدا اليوم ادعى الشفة في امثال هذه لبادروه بالنكير اخذوا ذلك يدا عن يد وهذا يدل على طريقه مستقيمة وسيرة مستمرة وما صدر من اولئك الاجلاء مخالفا لذلك فانما هو عن غلة عن ذلك ولعله لم يبق بعد اليوم في المسئلة اشكال للنصف وقد وقع لجماعة من الاجلاء الكبار في المسئلة خلل فبعض في النقل وبعض في الزمهم وبعض في الاستدلال ومن الاخير ما وقع للنصف في المختلف من الاستدلال للمتأخرين بنهوم اللقب في خبر عقبة بن خالد (قوله) - * ولا في البناء والفرس اذا بيعا منفردين * = بناء على مختاره في المنقول لانهما في حكم ما يقتل وقد كانا في الاصل : يتولين وسيتلان وان طال الزمان (ويبقى) الكلام في المراد بالبناء اهو ما يشمل المسكن او المراد به غيره كالجدار الواحد وحده كما هو ظاهر التذكرة او صريحها وبالجملة مالا يسمى مسكنا الظاهر من كلام جماعة الاول وبه صرح المحقق الثاني فيا يأتي والشهد الثاني وقال في المسالك المسكن اسم للمجموع المركب من الارض والبناء (قلت) لو كان كذلك ما استشكل جماعة كما يأتي قريبا في ثبوت الشفة في العرفة المشتركة في السقف والجدران والسقف الذي هو ارضها وسقف قبة اخرى لغيرهما وبالجملة حيث لا شركة بينهما في ارض السقف بل جزوا بالعدم اذ لا ارض هنا ولا اختار بعضهم ثبوت الشفة في ذلك مع ما يروونه من اتفاق التاثر بعدم ثبوتها في المنقول على عدم ثبوتها فيا اذا بيع البناء وحده وتدر فيهم بان الشفة لا تثبت فيه الا تبعا (ولكن) لك ان تقول لو كانت الارض غير داخله في مفهوم المسكن بل يصدق لو كانت ارضه سقف غرفة لا استشكلوا ايضا في العرفة المذكورة بل جزموا بالثبوت ولا حكم بعضهم بالعدم (والذي ينبغي ان يقال ان المساكن عطف في النص على الارضين قال عليه السلام قضى رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم بالشفة بين الشركاء في الارضين والمساكن ولا بد في عطف الخاص على العام من نكتة ولم تتضح لنا هنا ولا حاجة بنا الى تجسمها اذ اهل العرف واللغة لا يترتبون في صدق المسكن حقيقة على هذه العرفة ونحوها فيتمين ان يراد بالبناء هنا ما في التذكرة ويكون العطف في الخبر من باب عطف العام على الخاص من وجه (قوله) - * ولو بيعا منضمين الى الارض دخلا في الشفة تبعا * - بلا خلاف كما في موضعين من المبسوط وظاهره نفيه بين المسلمين ونحن ايضا لم نجد فيه لنا خلافا بل وجدنا عباراتهم مصرحة بذلك وقد يظهر الاجماع من الشرائع والمسالك والكناية حيث قيل فيها تثبت تبعا للارض ولو افردا بالبيع نزل على القولين فظاهرها انه لا خلاف حيث تضمان لكنه لا وجه حينئذ لقوله في الكفاية الظاهر ثبوتها حيث تضم والوجه في ذلك قبل الاجماع دخولها في عموم النص الوارد في المساكن والدور قال في التذكرة وتبعه المحقق الثاني والشهد الثاني الاول يتناول الابنية والثاني يتناول الجدران والسقوف والابواب وفي بعض اخبار العامة انظر الربع وهو يتناول الابنية (قلت) في تناول المساكن لمطلق الابنية حتى الحائط الواحد وحده منع واضح واما الفرس فلا قائل بالترق بينه وبين البنيان اذا ضم الى الارض وانما تتحقق التبعية اذا بيعت الاشجار والبناء مع الارض التي هي فيها لا فيا اذا بيعت مع ارض اخرى كما نص عليه جماعة لان النص لا يتناول ذلك ولا تبعية فيه اصلا وفي التذكرة ان الزرعة اذا انقسمت ولم ينقسم بذها ان الاقوى ثبوت الشفة في البذر لانها تابعة كالاشجار وفي جامع

وفي دخول الدولاب نظر ينشأ من جريان المادة بعدم نقله ولا تدخل الحمال التي تركب عليها الدلاء ولا في الثمرة وان بيعت على شجرها مع الارض واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفل فانه لا ثبات لها اذ لا ارض لها ولو كان السقف لهما فاشكال من حيث انه في الهواء فليس بثابت واحترزنا بالمشارك عن غيره فلا تثبت بالجوار (متن)

المقصد انه وضع نظروفيه نظر يعرف بما ياتي في الدولاب ونحوه (قوله) ٢٠٠ وفي دخول الدولاب نظر ينشأ من جريان المادة بعدم نقله ٢٠١ ومن انه منقول في نفسه ولذلك تردد في الشرايع والكفاية والاصح الدخول كما هو خيرة التحرير والايضاح والدروس وجامع المقاصد والمسالك لتناول اسم الدار والحمام والبستان له اذا كان من جملة المرافق كتناولها للدولاب ٢٠٢ مع قبولها للنقل عادة وهذا خلاف ما ذكر في وجه النظر اذ فيه نظر وفي التذكرة ان الاقرب عدم الدخول (وهو وضع) التردد واختلاف ما اذا بيع مع الارض كما هو المنزوع في اشترائع وما ذكر بعدها واما اذا بيع وحده فلا يثبت ولا اشكال في عدم ثبوت الشئعة فيه بناء على عدم الثبوت فيما ينقل كما في جامع المقاصد والمسالك وقد توهم عبارة الايضاح خلاف ذلك وفي معنى الدولاب التاخرة كما نبه عليه في الشرايع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك (قوله) ٢٠٣ ولا تدخل الحمال التي تركب عليها الدلاء ٢٠٤ كما في الشرايع وغيرها وفي مجمع البرهان يمكن عدم اختلاف فيه لانها متولة حفيضة كما هو ظاهر بناء على عدم الثبوت فيما ينقل (قوله) ٢٠٥ ولا في الثمرة وان بيعت على شجرها مع الارض ٢٠٦ كما في الخلاف وفقه الراوندي والشرايع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والكفاية وفي المسالك انه اشهر (قلت) المخالف هو الشيخ في المبسوط (قال) تثبت في الزرع والثار اذا دخلت في المبيع بالشرط وبه قال ابو حنيفة والمالك ونظر الاصحاب الى الاصل وان صارت في حكم المنقول اذ لا يراد دوامها لان لها امدامينا ينتظر وانما لا تدخل في مفهوم البستان ونحوه ومن ثم لا تدخل في بيع الاصل بعد ظهورها وفي معانها الزرع كما درج به في الخلاف وفقه الراوندي والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وغيرها (قوله) ٢٠٧ واحترزنا بالثابت عن حجرة عالية مشتركة مبنية على سقف لصاحب السفل فانه لا ثبات لها اذ لا ارض لها ٢٠٨ = كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد (ومعه) انه او كانت ارض العرفة سقف صاحب السفل المختص به لم يثبت في العرفة شئعة او كانت مشتركة وباع احد الشريكين حصته لانتفاء التبعية المتفضية لثبوت الشئعة وكذا او انتفى السقف عنها ويظهر من الدروس التوقف حيث قال لا شئعة فيها عند الفاضل ولعله لحظ انها ثبتة عادة وان المساكن في النص يتناولها مع وجود العلة وهو في محله (قوله) ٢٠٩ ولو كان السقف لهما فاشكال من حيث انه في الهواء فليس بثابت ٢١٠ اي ومن عدم الثقل عادة ولا ترجيح ايضا في التحرير والدروس (واعترض) في الدروس على تعميل المصنف فقال لو علل بان آلات البناء تثبت فيها الشئعة تبعا للارض ولا ارض هنا كان اوجه وفي التذكرة الاقرب ان لا شئعة وفي الايضاح ان الاولى ثبوت الشئعة (قلت) لعله كذلك لتسوته عادة ولانه مسكن مع وجود العلة وقد عطنت المساكن في النص على الارضين كما تقدم ببيان وهذا هو الذي نبهنا عليه في اسلف ومنه يعرف الحال فيما قال في جامع المقاصد ان الاصح عدم الثبوت وان الاستناد الى عدم النقل عادة ليس بشيء لان آلات البناء منقولة في الاصل وصائرة الى النقل والشئعة انما تثبت فيها تبعا للارض ولا ارض هنا انتهى ومراد المصنف ان السقف الذي هو ارض العرفة مشترك بينهما مع جدرانها وسقفها من دون اشتراكها في ارض السفل (قوله) ٢١١ = واحترزنا بالمشارك عن غيره فلا تثبت بالجوار ٢١٢ =

ولا فيما قسم وميز الا مع الشركة في الطريق او النهر اذا ضمهما البيع (متن)

اجماعا كما في الخلاف والفنية والسرائر وظاهر التنقيح كما يظهر من كلامه في المسئلة الآتية وفي المسائل انه مذهب الاصحاب الا العياشي وفي المناقب لاختلاف فيه من اقدم يعده مخالفا كالثلاثة الاول وفي الدروس وغيره ان خلاف العياشي شاذ وهذا يجري مجرى دعوى الاجماع وتنطبق على ذلك بالاولوية الاجماع المحكية على نفي الشعة فيما قسم مضافا الى الاصل واختصاص الاخبار المخصصة له بما فيه الشركة مع خاوي النصوص الدالة على نفي الشعة فيما قسم (وقال) العياشي فيما حكى عنه لاشعة جار مع الحليط وهو يقتضي بشبوتها للجار لكن احليط مقدم عليه وهو مذهب ابي حنيفة وجماعة من العامة مستدين الى ما روه عنه (ص) ان الجار احق بالشعة (واجاب) عنه ابن زهرة وابن ادريس بان في ذلك (ا) واذا اضرروا انه احق بالاخذ بالشعة اضررنا انه احق بالعرض عليه (قلت) اضرارهم اوجه من وجوه (واجاب) ايضا بان المراد بالجار في الخبر الشريك لانه خرج على سبب يقتضي ذلك لانه روى عمر بن الشريد عن ابيه قال بعثت حقا من ارضي فيها شريك فقال شريك انا احق بها فرفع ذلك الى النبي (ص) فقال عليه السلام الجار احق بالشعة (واجاب) ايضا بان الزوجة تسمى جارة لمشاركتها للزوج في العقد قال الاعشى (ايا جارتا بيني فاذك طالمة) وهي تسمى بذلك عتيب العقد وتسمى به وان كانت بالشرق والزوج بالمغرب فليس لاحد ان يقول انما سميت بذلك لانها قريبة مجاورة قالوا فقد صار اسم الجار يقع على الشريك لانه وسرعا وكان الحذر عندهم معتبرا والا لما احتلوا به ويرشد الى ذلك انه في التذكرة طعن في سند خبر ابن سمره به وما طعن في سنده وفي المذهب ان الجار حقا وحرمة وليس له شعة (قوله) = * ولا فيما قسم وميز = هذا ايضا بما اجمع عليه الاصحاب لم يأت فيه الا ابن ابي عتيب كما في التنقيح ومذهب الاصحاب الا العياشي كما في المسالك وقد اقتصر جماعة على نسبة احوال الى العياشي والظاهر ان اجماعي الخلاف والسرائر يتناولانه بل قيل انها نصوص في ذلك ولعله لان المسائلتين من نسخ واحد كما في الايضاح (وقد) صرح بالحكم المذكور في المنع والمتعة والنهاية واخلاف والمبسوط والكافي والمراسم والمذهب وفقه القرآن الراوندي والوسيلة والفنية والسرائر والشرائع والنافع وكتب المصنف وكتب الشهيد وسائر من تأخر الى الرياض وفيه وفي الكفاية انه اشهر وفي المختار انه المشهور وكلاهما في غير محله (ومستند) الاصحاب قبل الاجماع ما تنافرا من الاخبار (وفي) الصحيح على الصحيح في العياشي وابراهيم لا تكون الشعة الا لشريكين ما لم يتقاسما (وفي) القوي المعتبر بالسكوني والرواني لاشعة الا لشريك غير متقاسم (ومثله) خبر البحري (وفي) خبرين الشعة لا تكون الا لشريك (وفي) خبر آخر الشعة لكل شريك لم تقاسمه وقد سمعت في مسألة الشعة في المنقولات حسنة الغوي (وفي) الخبر اذا وقعت السيام ارتفعت الشعة وفي الخبر المروي في الكتب الثلاثة اذا ارفت الارف وحدت الحدود فلا شعة والارفة بالانم جمعه ارف كعرقه وغرف الحد بين الاردين وارف على الارض ترينا جعلت لها حدا وقسمت كذا في القاموس فهذه الاخبار قد تعاضدت واعتضدت بالاصل والاجماع وخلاف ابن ابي عتيب شاذ (قوله) = * لا مع الشركة في الطريق او النهر اذا ضمهما البيع = كما في المقنعة والنهاية والمبسوط والكافي والمراسم وفقه الراوندي والفنية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والتبصرة وشرح الارشاد للنظر والدروس والذعة وجامع المقاصد وتعليق الارشاد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكناية والمناقب والرياض (وفي) الاخبار ين انه لا خلاف فيه وهو كذلك الا ما لعله قد يظهر من المنع والخلاف والمذهب والوسيلة من الاقتصار على الشركة في الطريق وفي الخلاف الاجماع عليه ولعلهم انما تركوا الشرب لعدم التعرض في الاخبار الا للطريق لكن الاجماع معلوم على الحاق الشرب بالنهر والسانية به (يها) ولعله لان الماطم منع اذا لفرق في ذلك بين الدار والبستان

وبين الطريق والنهر (والدليل) على الاستثناء المذكور حسنة منصور بن حازم بإبراهيم قال سئلت أبا عبد الله (ع) عن دار فيها دور وطريقهم واحد في عرصة فباع بعضهم منزله من رجل هل لشركاؤه في الطريق ان يأخذوا بالشفعة فقال ان كان باع الدار وحول بابها الى طريق غير ذلك فلا شفعة لهم وان باع الطريق مع الدار فلهم الشفعة (وقريب) منه ما حكى عن الفقه المنسوب الى مولانا الرضا (ع) (وقد استدل على ذلك في التذكرة بمجسنة منصور بن حازم الاخرى بالكاهلي وقد سمت بالصحة في التذكرة والمختلف وجامع المقاصد والمساك ولعله في محله كما عليه بعض متأخري المتأخرين قال قلت لابي عبد الله (ع) دار بين قوم اقتسموها فاخذ كل واحد منهم قطعة فباعها وتركوا بينهم ساحة فيها امرهم فيها رجل فاشترى نصيب بعضهم اله ذلك قال نعم ولكن يسد بابها ويمنع بابا الى الطريق او ينزل من فوق البيت (السطح خ ل) ويسد بابها فان اراد صاحب الطريق بيعه فانبه احتقه به والا فهو طريقه يسمى حتى يجلس على ذلك الباب (ونحوه) الموثق ولا تعرض فيها لبيع الدار مع الممر كما هو محل البحث بل ظاهرهما ثبوت الشفعة في الطريق فقط وهذه اخبار الباب (واطلاقا) يقضي بعدم الفرق في ثبوت الشفعة بين كون الدار وما في معناها مقسومة بعد ان كانت مشتركة او منفردة من اصلها بل قال في المساك ان الثانية صريحة في عدم الاشتراك وليس كذلك (وبعد) افرق صرح في التذكرة والمساك والروضة والكناية والرياض وهو ظاهر المقنع والنهاية والبسوط واختلاف والمهذب وفقه الراوندي والغنية والسرائر والتبصرة والانتيج (نعم) قد فرض الحكم في الارض المقسومة مع الاشتراك في الطريق في الوسيلة والشرائع والنافع والتحرير في موضع منه والارشاد والمختلف والدروس واللغة كالكتاب (والمحقق) الثاني استظهر من بعض هذه اعتبار حصول الشركة في الاصل وخطأ معها بعض تلك وقال انه الذي يقتضيه صحيح النظر واحتج له بان فتم غير المشنوع الى المشنوع لا يوجب ثبوت الشفعة في غير المشنوع اتفاقا والمبيع الذي لا شركة فيه في الحال ولا في الاصل ليس من متعلقات الشفعة اذ لو بيع وحده لا تثبت فيه شفعة بحال فاذا ضم الى المشترك وجب ان يكون كذلك وبعموم قوله (ع) لا شفعة الا لشریک غير مقام ولا شريك هذا لا في الحال ولا في العال ولا في الاصل وبرواية ابي العباس الشفعة لا تكون الا لشریک قال وفي معناها روايات البصري وهارون وعبد الله بن سنان والسكوني وقال كل هذه حجة على عدم ثبوت الشفعة في الدار الغير المشترك اذا كان الطريق مشتركا وانت خبير) بان روايته بعد الغض عن سندها عامة وروايات منصور خاصة فيجمع بينهما بالتخصيص فكانت هذه الصورة بذلك مستثناة من اشتراط الشركة بالنص والاجماع على ان مدلول روايته اعتبار الشركة بالاعمال وهي متينة مع القسمة ولو اريد منها ما يعم السابقة لزم ثبوتها في المقسوم وان لم يكن له شركة في الطريق (الا ان تقول) خرج هذا الفرد بالاجماع (لكننا نقول) ان هذا الشق يستحيل ارادته من الاخبار بعد حمل مطلقها على مقيدتها وبنا. استدلاله عليه (وليعلم) انه لو كانت الشركة في الجدار او السقف او غيرها من الحقوق فلا شفعة عملا بالاصل او كانت الشركة في البئر بين البستانين فوجها او جهها العدم (هذا) وليس في الروايات تعرض لكون الطريق مما يقبل القسمة وقد شرط ذاك في التراجع والتذكرة وجامع المقاصد والروضة وكذلك المساك اذا بيعت منفردة وفي جامع المقاصد انه لا ريب فيه (قلت) لانه يشترط ذلك في كل مشنوع على المشهور (ولما) اذا بيع من هذا الى الشقص المنسوم في عبارة الدروس ما يقتضي الاشتراط حيث قال ولا مع القسمة الا مع الاشتراك في الطريق والنهر الذين يقبلان القسمة على خلاف (وفيه) مع مخالفته للاطلاق ان قبول القسمة شرط للمجموع لا لانعاضه وان هذه القسمة كلا قسمة وفي الكفاية والرياض ان الاقوى عدم اعتباره مطلقا وهو خلاف المشهور وصريح بعض النصوص كما يأتي (هذا) وقد قال في التذكرة الاقرب عندي ان الطريق ان كان

واحتزنا بقبول القسمة عن الطاحونة والحمام وبئر الماء والاماكن الضيقة وما اشبهها مما لا يقبل القسمة لحصول الضرر بها وهو ابطال المنفعة المقصودة منها فلا شفة فيها على رأي (متن)

ما يمكن قسمته والشريك واحد وبيع مع الدار المختصة بالبايع صفقة فللشريك الآخر اخذ الطريق خاصة ان شاء وان شاء اخذ الجميع وان لم يمكن قسمته لم يكن له اخذه خاصة بل اما ان يأخذ الجميع او يترك (وقال) في جامع المقاصد يرد عليه ان المجموع اما ان يكون متعلق الشفة او لا فان كان الاول وجب ان يأخذ المجموع او يترك وليس له تبعض الصفقة وان كان الثاني لم يثبت له شفة في غير الطريق ولا فيه الا اذا كان واسعا قابلا للقسمة فما ذكره غير واضح انتهى (قلت) هذا منه بناء على المشهور المعروف بينهم من انه ليس للشييع اخذ البعض وترك البعض بل اما ان يأخذ الجميع او يترك ولنا فيه تأمل لان هذا الشرط ترك ذكره فيما يقرب من مشرين كتابا ولا دليل عليه يصح الاستناد اليه كما يأتي ثم انه لعل التامل به لا يقول به في مثل هذه الصورة التي جانت شفة الدار فيها تبعا (نعم) اذا لم يكن لمشتري الدار طريق آخر ولا امكن قسمته ولا اتخاذ الا بعسر ومشقة منعاه من ذلك لانها شرعت لدفع الضرر كما نبه عليه في خبر عتبة والضرر لا يزال بالضرر والا فلا لعدم الضرر ولعله اراد ذلك بقوله وان لم يمكن قسمته الخ فتدبر (ويبقى) الكلام فيما اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين ومجازها مشتركة بين ثلاثة ففي ثبوت الشفة وعدمها وجوب من دخول المجاز في مفهوم الدار في البيع من غير خلاف وقد بنوا على ذلك في الباب احكاما كثيرة وانها على خلاف الاصل فلا تثبت الشفة ومن حصول الضرر بالقسمة الذي هو الاصل في ثبوت الشفة وهو حمل وفات بين الخاصة والعامة الامن الرضى وبه صرح خبر عتبة وقولهم (ع) لا شفة الا لشريك غير متماثل فثبت ولم اجد لاصحابنا تصريرا بذلك والسئلة محل توقف لكننا ان لم نقل بها ذهب الشفة آخر الدهر في الدور التي في الطريق المرفوع مع انه هو الغالب ولهم ان يلتزموه ولا حرج في ذلك (قوله) * = واحتزنا بقبول القسمة عن الطاحونة والحمام وبئر الماء والاماكن الضيقة وما اشبهها مما لا يقبل القسمة لحصول الضرر بها وهو ابطال المنفعة المقصودة منها فلا شفة فيها على رأي * = اشتراط قبوله القسمة خيرة النهاية والخلاف والمبسوط والمراسم والمذهب والوسيلة والشرائع والنافع والتذكرة والتجريد والارشاد والتبصرة والمختلف والايضاح وغاية الراد والمقتصر والتنقيح وجامع المقاصد والروضة (وهو) الظاهر من كشف الرموز وشرح الارشاد لولا السنف والمذهب البارع ونفي عنه البعد في جمع البرهان وهو المحكي عن علي بن بابويه وعبارة ولده في التنقيح للمحكي من عبارته وقد سمعنا فيما سلف فيكون مذهبا له ايضا وقد نسب اليه في المذهب البارع (وعليه) المتأخرون كما في الدروس وعليه التتوي كما في التنقيح ومذهب اكثر علمنا كما في التذكرة والمشهور كما في مجمع البرهان وخصوصا بين المتأخرين كما في المسالك واكثر المتأخرين كما في جامع المقاصد (ومع) ذلك قال في الحدائق ان هذا الشرط ذكره جملة من المتأخرين كالعامة في الارشاد وانكر عليه في التذكرة نسبته الى اكثر علمنا وقال ان شهرة المتأخرين انما وقعت بعد العلامة (قلت) ما ندرى عن ايها نغضي فان كان تتبع فهو الكذب المحض وان لم يكن تتبع ففرية اخرى قول بلا علم (والخاتمة) السيدان المرتضى وابو المكارم وان ادريس وابو علي والقاضي فيما حكى عنهما ولعله للقاضي في الكامل فكان له قولان ولا سادس لهم فيما اجد الا ما حكاه في الايضاح عن المنيد ولعله نفسه من قوله كل مبتاع او من قوله بشوئها في العروض ومع ذلك نسبة في الماتنح الى السيد والحلي واكثر المتقدمين واختاره وكأنه قال به او مال اليه في المسالك وقد عرفت حال اجماع الانتصار الذي تقدم في المقولات وما في الدروس من ان القولين مشهوران لا يريد به المعنى المعروف بل الظاهر ان مراده انها معروفة ولا ترجيح فيه ولا في الكناية (دليل المشهور) الاصل خرج المتقسم بالايجاع وبعض الاخبار وبني غيره تحتها مع عدم دليل صريح

صحيح على العموم (وقال) في الرياض ان الاصل مقطوع بعموم الاجماع المنقول والخبر المنجبر بالعمل و اراد
اجماع الانتصار ومرسلة يونس وقد عرفت الحال فيها وقد تقدم انه ارسل في الكافي ان الشنعة لا تكون
الا في الارضين والدور فقط فهو ظاهر في نفيها عن الحمام والطاحونة وغيرها لمكان الحصر ومقابلة الارضين
بالدور فيراد بها الاراضي البيضاء والتي ليس فيها دناء كالسائقين والضعف منجبر بشهرة التذكرة ومجمع
البرهان واطباق المتأخرين عليه كما سمعته عن الدروس بل هو منهم محمل معلوم مضافا الى ما في التنقيح
من ظهور دعوى الاجماع عليه مضافا لما بينهم من الاخبار الاخر بما وصف فيها الشريك بانه غير متسام
(وقد اروي في الكافي بسنده عن السكوني عن ابي عبد الله (ع) قال قال رسول الله (ص) لا شنعة في
سنيعة ولا في نهر ولا في طريق و راد في النقيع ولا رحي ولا حم وليس المراد بها الواسعات القابلات
للقسمة اجماعا فلم يبق الا ان يراد النقيعات فيكون الباقي كذلك اذ لا قائل بانصل والضعف منجبر بما
عرفت (وقد) احتل في الرياض حمي على التمية تبعه للمنتج مع ان القائل هنا بقالة المرتضى ابو حنيفة
واصحابه وابن مريج والثوري وما في احدى الروايتين عنه وبعض هؤلاء هم الذين يتيقن منهم
الصادق (ع) ثم انه بناء على ذلك لا وجه لاقصا ويها على الامور المذكورة وقال اينما تبعه للمنتج
ان لا دلالة فيها اصلا وقد عرفت وجه الدلالة فيها (واستدل) في الخلاف وغيره بما رواه العامة عن جابر
ان رسول الله (ص) قال لانا جعات الشنعة فيما لم يتم (ووجه) الدلالة انما تيد الحصر والشنعة معرفة
بلام الجنس وان لم لا تدخل الا على ما يمكن قسمته ويصح اتصافه بالنسبة ولو ثبتا لانها تنبذ في
الماضي ولهذا يصح ان يقال السير لا يتسم ولا يتال لم يتمم فالذي يعني عدم الملك لا يبي السلب
وفي اخبارنا ما يشير الى ذلك كقول احداهما (ع) في مرسل جميل الشنعة لكل شريك لم تناسه
وقولهم (ع) في عدة اخبار الشنعة لا تكون الا لشريك لم تقاسمه فكانت العجة عليه واذا كما
عرفت بل في اجماع المتأخرين ووجه دلائل (وقال) في الرياض ان العجة على هذا القول في الشنعة
ما في التنقيح من وجوه ضمنية (مما) ان عرض الشارع بالشنعة ازالة ضرر المالك بالقسمة لو ارادها المشتري
وهذا الضرر متنفذ لا يقسم فلا شنعة فيه وقال انه في غاية من الضعف (اما اولا) فاعدم ورود الاس
بهذه العلة نعم ربما يستاد من بعض الروايات السابقة كون العلة في ثبوت الشنعة في الضرر والاضرار
الشريكة لكن متعلق الضرر فيه غير معلوم ويقتل ما ذكره وغيره من نكس الشركة الجديدة او سوا
الشريك ولعل هذا اظهر ولذا استدلل بعض الاصحاب وقفا للمرتضى على ثبوت الشنعة في المالك بالضرر
فقال ان مقتضى ثبوت الشنعة وهو ازالة الضرر عن الشريك قائم في غير المقسوم بل هو اقوى لان المالك
يمكن التخلص فيه من ضرر الشريك بالنسبة بخلاف غيره (قال) واجيب بانه ليس المراد من ازالة
الضرر بالشنعة ما ذكره بل ازالة ضرر طالب النسبة وموتنتها وهو متنفذ في كل الاراع ولا يبي
عليك ضعف هذا الجواب واي مونة وضرر بذلك تقابل ضرر الشريك الذي لا وسيلة الى التخلص منه
وهو في غاية الجودة (واما ثانيا) فلضعف التعليل من وجه آخر وهو ان الشنعة انما تثبت بتسليم المالك
الشريك الى المشتري فلا بد ان يصح الضرر الذي تناط به الشنعة في ظاهر النص وكلام الاصحاب
ناشئا من جهته وضرر طالب المشي القسمة ليس ضررا ناشئا منه لسبقه على الانتقال وثبوته الشريك
على كل حال فضرر طالب القسمة لازم على كل تقدير بل هو من لوازم الشركة فيا يتقبل النسبة فلا يمكن
ان يكون مثله الضرر الذي تناط به الشنعة وهذا من اقوى الشواهد على تعيين ما استظهرنا من متعلق
الضرر في الرواية انتهى (قلت) قد عرفت اننا في غاية من هذا الدليل مع انه ايضا دليل اذ قد عرفت
استدل به كالمصنف في التذكرة والشهيد في غاية المراد والي العباس والمقداد والمحقق الثاني انما هو الى خبر
عقبة بن خالد عن ابي عبد الله (ع) قال قضى رسول الله (ص) بالشنعة بين الشركاء في الارضين والمساكن
وقال لا ضرر ولا ضرار وقد رواه المحمديون الثلاثة وزاد النقيع اذا ارفت الارف وحدت الحدود فلا

فلو انتفى الضرر بقسمة الحماة ثبتت الشفعة (متن)

شفعة وهذه علة مومي اليها وظاهر ما قبلها وصريح ما بعدها ان متعلق الضرر انا هو القسمة (وبيانها) انه قد اتفق الخاصة والعامة على الظاهر ان علة ثبوت الشفعة الضرر ولم نجد الخلاف الا من السيد في الانتصار فانه جزم بطلان هذه العلة وقد يلوح من ابن زهرة وابن ادریس موافقته على ذلك لكن العامة اختلفوا في متعلقه حيث لم يكن عندهم في ذلك خبر اهو الشركة او القسمة واصحها عندهم انه الثاني كما ذكره في التذكرة ولم يقل احد بان متعلقه سوى الشريك ولهذا لانه يقضي بانها حكمة لاعلة لعدم اطرادها حينئذ بل يكفي اتفاق المسلمين على عدمه فما استظهره شيخنا في الرياض من انه احد الامرين اعني الشركة الجديدة وسوى الشريك قد خالف فيه في الثاني جميع المسلمين وفي الاول اصحابنا قاطبة لانهم بين ناف لليلة او مثبت لها وانها خوف القسمة فالقول باليلة وانها الشركة الجديدة لا قائل به (وكيف كان) فكل من الشركة والقسمة حاصل قبل البيع واخبارنا صرحنا بالثاني لان من رغب من الشريكين في البيع كان حق عليه ان يعرض البيع على شريكه ليأمن من ضرر القسمة من بذل مونتها والحاجة الى افرار الحصنة الصائرة اليه خصوصا اذا كان المفسوم ذا مرافق ليس عارضا خالية ووقت المرافق في حصنة المشتري فاذ حينئذ يحتاج الشريك اليها جميعا فلما لم يعلمه ولم يعرض عليه البيع جعل له الشارع سلطانا على اخذه فكان هذا الضرر هو الاصل في الباب وقد كانا قبل ذلك متواطئين على عدم القسمة ولو وقتا ما فقد جانت الشركة لهما من تفصيل الباع مترونة بخوف طلب القسمة ولا كذلك لا يتسم بل يمكن حينئذ ان يقال ان هذا الضرر نشأ من نزع الانتقال (سلمنا) لكن في خبر الظاهر او الصريح في ذلك كما فهمه منه الشهيد والجماعة بل كل من قال باشتراط قبول القسمة اكمل بلاغ وقد عرفت ان العامة العمي اهتموا الى ذلك حتى جعلوه الصحيح عندهم ومع ذلك كله جاء صاحب المسالك ومن وافقه يناقشون في ذلك (واما) علم الهدى وابو المكارم وابن ادریس فلهم ان يعرضوا عن ذلك بناء على اصلهم لان كان خبرا واحدا مضافا الى انه غير صحيح بل قد عرفت ان السيد ينكر العلة من اصلها وينكر ايضا منصوص العلة في اصوله (وفي) الروضة ان في حكم الضيق قلة النصيب بحيث يتضرر صاحب القليل بالقسمة وهو كالتدافع وقد اخذه من التذكرة قال ولو كان لاثنتين دار ضيقة لاحدهما عشرةا فان قلنا بثبوت الشفعة فيما لا ينقسم فايهما باع نصيبه فلصاحبه الشفعة وان حكنا بينهما فان باع صاحب الشر نصيبه لم يثبت لصاحبه الشفعة لانه آمن من ان يطلب مشترية القسمة لانتفاء فاندته فيها ولو طلب لم يجب فقد فرض المسئلة في الضيق مع قلة النصيب ولا كذلك ما في الروضة فليتأمل (وقول) المصنف لحصول الضرر بها دليل على انها لا تقسم ليتحقق كونها من محل النزاع وهو تمهيد لقوله وهو ابطال المنفعة المقصودة منه اي وان بقيت فيه منافع اخر وهذا (احد) التفاسير الثلاثة لحصول الضرر بالقسمة وقد حكينا في باب القضاء عن يحيى بن سعيد والمحقق الثاني وشفعة التذكرة وهو خيرة التحرير هذا (والثاني) ان تنقص القسمة قسمة المقسوم نقضا فاحشا وقد حكينا في باب القضاء ايضا عن شفعة التذكرة وعن الدروس وجميع البرهان وعليه ينزل ما في الشرائع والتحرير والارشاد والمختلف والايضاح من انه ما ينقص القيمة او ينقص هذا بالضرر المانع من الاجبار وذلك بالمانع من القسمة (والثالث) انه المبطل لمنفعة المال اصلا وهو خيرة الخلاف والشرائع في المنع من الاجبار والمبسوط والدرائر في النع من القسمة وهذه الاقوال في بيان تحقية واحتمل احالته الى العرف في مجمع البرهان (قوله) - فلو انتفى الضرر بقسمة الحماة ثبتت الشفعة - كما هو ظاهر وعليه نص في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد وغيرها وذلك كما اذا كان الحماة كثير البيوت يمكن جعله حمامين او متسع البيوت يمكن جعل كل بيت بيتين وكذا لو كانت البئر واسعة يمكن ان يبني فيها فتجعل بئرين لكل واحدة بياض كما نص عليه

وكذا لو كان مع البئر بياض ارض بحيث تسلم البئر لاحدهما او كان في الرحي اربعة احجار دائرة يمكن ان ينفرد كل منها بحجرين او كان الطريق واسعا لا تبطل منفعة بالقسمة ولو ضم المقسوم او مالا شفعة فيه الى مافيه الشفعة ثبت في الثاني بنسبة قيمته من الثمن وانما تثبت لو انتقلت الحصة بالبيع فلو وهب الشخص بموض او جملة صداقا وعوضا عن صلح او غير ذلك لم تثبت الشفعة متن

في المبسوط وغيره (قوله) * * * وكذا لو كان مع البئر بياض ارض بحيث تسلم البئر لاحدهما * * * كما في المبسوط والشرائع والتحرير والدروس كما ستسمع كلامه وهذا يتجه على تفسير المبسوط والشرائع الضرر بخروج المقسوم عن حد الانتفاع وانه لا يشترط فيما يصير لكل واحد منهما ان يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة كما اذا كانت الارض في المال مدة للزراعة وما فيها من ذلك البئر فنها حينئذ لا ينتفع بها من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة لكن لا ينتفع بها بغير الزراعة من وجه آخر ولا يتم على تفسير الكتاب والتحرير الا بتقدير عدم احتياج الارض البعرة لقيمة البئر اليه في الزراعة بان تكون تسمى بالطريق بآخر غيره الا ان تقول ان حكمهم في المال منزل على هذا التفسير وقد بني هــا المثال في التذكرة على تفسير الشرائع قال انه مبني على انه لا يشترط ان يصير لكل واحد منهما ان يمكن الانتفاع به من الوجه الذي كان ينتفع به قبل القسمة (وقال) في الدروس او اشتات الارض على بئر لا يمكن قسمتها وامكن ان تسلم البئر لاحدهما مع قسمة الارض ثبتت الشفعة قيل وكذا لو امكن جعل اكثر بيت الرحي موازنا لما فيه الرحي ويلزم منه انه لو اشتات الارض على حمام او بيت ضيقين وامكن سلامة الحمام او البيت لاحدهما ان تثبت وعندي فيه زلزال الشك في وجوب قسمة ما هذا شأنه انتهى وقد فهم منه في جامع المقاصد انه اشار بالنيل الى مافي التذكرة فقال لا وجه لهذا النظر بعد التصريح بالبناء المذكور (قلت) لعله اشار الى مافي التحرير نعم يرد عليه سوال الزرق دين مسألة البئر وغيرها حيث جزم بها وتردد في غيرها الا ان تقول بتتزيل مسألة البئر على ذلك التقدير وفيه مع انه خلاف الظاهر ان بناء الضرر عنده على النقصان الناشئ ثم ان تعديل الارض مع البئر ان كان ممكنا موجبا للقسمة فكذلك الحال مع الرحي والحمام وغيرها (قوله) * * * او كان في الرحي اربعة احجار دائرة يمكن ان ينفرد كل منها بحجرين * * * كما نس عليه في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ووجه ظاهر (قوله) * * * او كان الطريق واسعا لا تبطل منفعة بالقسمة * * *

كما في الشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك والكتابة (قوله) * * * ولو ضم المقسوم او مالا شفعة فيه الى مافيه الشفعة ثبت في الثاني * * * اجماعا كما في جامع المقاصد والما تيج وقد نسب في التذكرة الى اهلنا مؤذنا بدعوى الاجماع عليه وقد يظهر من المسالك حيث اقتصر في نسبة الخلاف الى بعض العامة لوجود المتضي في احدهما دون الآخر وان كان البيع واحدا لصحته على كل واحد باذنه او لا فرق بين كون غير المشعور من مصالح المشعور كبيع الضيقة وعده ولم يأت في ذلك سوى مالك الا اذا كان غير المشعور طريقا او شربا كما تقدم ولا يثبت المشتري في المسألة اختيار لبعض الصفقة لانه هو الذي ادخله على نفسه الا اذا كان جاهلا (قوا) * * * بنسبة قيمته من الثمن * * * اي تثبت الشفعة من الثمن بنسبة قيمة المشعور الى مجموع التيمتين بان تنسب قيمة المشعور منفردا الى قيمة المجموع فاذا قيل قيمة المجموع مائة وقيمة المشعور ثمانون اخذ الشفعين بربعة اخماس الثمن (قوله) * * * وانما تثبت لو انتقلت الحصة بالبيع فلو وهب الشخص بموض او جملة صداقا او عوضا عن صلح او غير ذلك لم تثبت الشفعة * * * اجماعا كما في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد

ولم يكن الشريك موقوفا عليه ثبتت الشفعة في الطلق ان كان واحدا على رأي (متن)

ومجمع البرهان وهو مجمع عليه اليوم كما في التنقيح وهو المشهور بل كاد يكون اجماعا كما في المسالك وقول ابن الجنييد شاذ كما في الدروس وفي المختلف والكناية انه المشهور وقال في المبسوط اذا تزوج واصدقها شقفا فانه لا يستحق الشفع عليه الشفعة لاجماع الزرة واخبارهم (ويدل) عليه ايضا الاصل بعمانيه الثلاثة فالمثبت هو المحتاج للدليل ولا تعارضه العمومات لانك اذا حملت مطلقا على مقيدتها وافقت (قال الصادق ع) في حصة الفروي الشفعة في البيوع فانه يدل بنهونه لمكان تعريف الشفعة باللام على نفيه في غيرها كما قاله في قولهم (ع) الحيار في الحيوان المشتري وقرئ بينه وبين قولنا الشريك له الشفعة فانه انما يدل بنهونه الوصف كما اذا قال المشتري له الغيار (ونفاها) الباقر (ع) في صحيحة ابي بصير عن المقول بالصدوق قال (ع) لا شفعة لاحد . انكرها . عليها ومناقشة المقداد فيه باحتمال كون نفي الشفعة لكثرة الشركاء . لا للصادق ليست في ١١٠ لان اكثر اخبار الباب وردت بلفظ الجمع كما سمعت فيها سلف وسيأتي ان شاء الله تعالى (وقال الصادق ع) في رسالة يونس الشفعة جازة في كل شيء . اذا كان الشيء بين شريكين فباع احدهما نصيبه فشريكه احق به من غيره فهو اما مفروم شرط او قيد رتب الحكم عليه فاف في المسالك وكذا المنايع من انه ليس عليه دليل صريح غير صحيح وقد مال الى قول ابي علي ان خضعها بالمعاوضات المحضة في الاول وقواه في الثاني لان اخذ الوهب مثلا بغير عوض بعيد وبه خارج عن مقتضى الاخذ وكذلك غير الهبة وقد نسب اليه ثبوتها في الجميع وفيه (اولا) ان نقلها عنه غير صحيح لان المحكي من عبارته في المختلف ١١٠ هو ثبوتها في الهبة عوض وغيره وهو الذي حكاه عنه الشهيد في الدروس والمحقق الثاني وغيرهما (وثانيا) ان ذلك مبني على العلة الموصى اليها في خبر عقبة لكنها لا جابرها في خصوص المسئلة اذ قد عرفت ان الخبر غير صحيح (سلمنا) وما كان ليكون لكنها لا تقوى على معارضة ما قدمنا (قوله) ١١٠ ولو كان الشريك موقوفا عليه ثبتت الشفعة في الطلق ان كان واحدا على رأي ١١٠ = عليه المتأخرون كما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك والمنايع وعليه الفتوى كما في التنقيح وهو خيرة السرائر والتحرير والتبصرة والمختلف والايضاح وجامع المقاصد وهو المستفاد من كلام التذكرة من تعريفهم الشفع كما ياتي بانه كل شريك بمصة مشاعة قادر على الشن وفي المختصر والمسالك والمنايع انه حسن ولا يفتي عليك ما في الدروس من نسبته الى ابن اديس والمتأخرين لان المتقدم عليه من اصحاب الفتوى غير ابن اديس انما هو المصنف وولده فبا نجد (وقال) في المبسوط اذا كان نصف الدار وقفا ونصفها طلقا فبيع الطلق لم يستحق اهل الوقف الشفعة بلا خلاف وظاهره نفيه بين المسلمين وهو خيرة الشرائع والنافع والدروس والرياض قالوا لم يكن للموقوف عليه شفعة ولو كان واحدا فقد نصوا على العدم مع الوحدة واثبتوا في الانتصار للموقوف عليه مطلقا قال امام المسلمين وخلفائه المطالبة بشفعة الوقوف التي ينظرون فيها على المساكين او على المساجد ومصالح المسلمين وكذلك كل ناظر بحق من وصي وولي وادعي على ذلك كله الاجماع وقال ايضا انه من متفرداتنا وان باقي الفقهاء مخالفون لنا وحكي عن التي الواقعة له ولم نجده له في الكافي وقال في السرائر الاكثر على خلافه ولا ترجيح في الكناية (حجة المتأخرين) انه شريك مالك مقاسم لان الوقوف عليه المنحصر مالك على المشهور بل ما وجدنا فيه مخالفا فقد وجد مقتضي واندرج تحت قولهم (ع) في عدة اخبار الشفعة لا تكون الا لشريك لم يقاسم ونحوه مما هو بمناء فاندفع جميع ما في الرياض ولا مانع الا كونه محجورا عليه من التصرف وذلك لا ينافي كونه مالكا مقاسما ومن ثم ثبتت لغيره من هو محجور عليه في التصرف فلا يضر نقص الملك لمكان الحجر بالتصرف كما في الدروس والبحث على تقدير الانحصار وان انتشر بعد ذلك كانتشار المنوك بالبيع والموت ونحو ذلك (والمراد) انحصارها بالاصل

والاقرب عدم اشتراط الزوم فلو باع بخيار تثبت الشفعة اشترك او اختص باحدهما ولا
يسقط خيار البائع حينئذ (متن)

فلا يكتفي اتحاده بالعارض كما لو وقف على قتها البلد او بني فلان فاتفق انحصارهم ذلك الوقت في واحد
فانه لاشفعة لان الاصح عدم انتقال الملك الى الموقوف عليه غير المنحصر ابتداءً وبذلك يعلم حال ما في
الشرايع من انه ليس مالكا للرقبة على الخصوص واجبا الانتصار موهون بنكايه الشيخ عدم الخلاف
على خلافه واطلاق الشيخ موهون باطلاق المتأخرين على خلافه واطلاق الاخبار المتناول لما عليه المتأخرون
وليس نادرا لاطباتهم على الظاهر على كون المنحصر مالكا ولم يبق الا شيء واحد وهو ان يقال ان الملك
لا يفرز عن الوقف ونحن لانقول به هذا واما في صورة العكس كما اذا باع الموقوف عليه الوقف على وجه
يصح فانها تثبت لصاحب الطلق قطعاً في الدروس وبلا اشكال كما في السالك وقد نص عليه في التحرير
وجامع المذهب ايضاً لوجود المتضي وانتفاء المانع (قوله) والا قرب عدم اشتراط الزوم فلو باع
بخيار تثبت الشفعة اشترك او اختص باحدهما ولا يسقط خيار البائع حينئذ (المتن) عدم اشتراط الزوم وانه
لا فرق بين ان يشترك الخيار او يتنص فهو خيرة السرائر والشرايع والتذكرة والارشاد والمختلف والكتاب
فما يقي ايضاً والايضاح والمعة وجامع المقاصد في موضعين منه والمسالك والروضة وجميع البرهان والكفاية
والمفاتيح لكنه في الارشاد جعل الاخذ بعد انقضاء زمن الخيار اعدم الفائدة قبله اذ ليس له انتزاع العين
قبله لعدم استقرار ملكه والظاهر انه لا يريد الزوم لانه لا مانع منه قبله فيكون عرضه الارشاد وبينان
عدم الفائدة وهو الذي فهمه منه المقدس الاردبيلي على الظاهر وبه صرح في النصل الثالث في جامع المقاصد
وقد جعله الشهيد الثاني قولاً على حدة ولعله لم يصادف محله نعم يد عليه ان الفائدة تظهر في الناء وغيره
(واختير) في اختلاف البسوط والمذهب والفنية ان لاشفعة في البيع الذي فيه الخيار البائع او لها لان الملك
لم يزل عن البائع قالوا اما ما لا خيار فيه او فيه الخيار للمشتري وحده ففيه الشفعة لان الملك
قد انتقل للمشتري وزال عن البائع وهو المحكي عن ابي علي وقال في التحرير اولا في قول الشيخ قوة
من حيث ان في الاخذ اسقاط حق البائع ثم قال بعد ذلك انا في ذلك من المتوقفين ولا ترجيح ايضاً في
الدروس (حجة) السرائر وما وافقها ان المتضي وهو البيع الناقل للملك مع وجود الشريك موجود لمكان
عموم النص من دون تبادل اللازم والخيار غير صالح للمانعة لان التزلزل لم يثبت كونه مؤثراً (وقد يقال)
ان المانع سقوط حق البائع من الخيار الثابت في صلب العقد سابقاً على حق الشفعة فان ظاهر السرائر التي
هي الاصل في اختلاف سقوط خيار البائع كما فهمه منها الشهيد والمحقق الثاني فيكون ايضاً ظاهر الشرايع
وقد سمعت في التحرير بل قال في الدروس لا علم قائلان باخذ الشفعة يقع مراعى ان فسخ البائع
بطل البيع والشفعة وان لم ينسخ حتى خرجت المدة ثبت البيع والشفعة مما (قلت) مراده قبل المصنف وولده
لانه قد نسب قبل ذلك الى المصنف (وكيف كان) فهو خيرة الكتاب والتذكرة وجميع ما ذكر بعدها آنفاً
(وليعلم) ان كلام الشيخ متجه على اصله من عدم الانتقال والشفعة انما تكون بعد الانتقال ومنه يفهم الحال
في كلامهم بالنسبة اليه (واما) اذا كان الخيار للمشتري فقد نص في الخلاف والبسوط والمذهب والفنية ان
الشفعة تجب للمشتري وله المطالبة بها قبل انقضاء الخيار صرح بهذا الاخير الشيخ وهو المحكي عن ابي علي
وفي المسالك انه لا خلاف فيه وفي الكفاية الاجماع عليه وفي التذكرة انه مذهبنا لان انتقال الملك عن
البائع يحصل بنفس العقد ولا يتوقف على انقضاء الخيار والشفعة مترتبة على صحة البيع وانتقال الملك الى
المشتري لياخذ منه ويكون الدرك عليه لكن قد حكينا في باب الخيار عن خيار الخلاف انه اذا كان
الخيار للمشتري وحده زال ملك البائع عنه بنفس العقد لكنه لم ينتقل الى المشتري حتى ينقضي الخيار
فاذا انقضى ملك المشتري بالعقد الاول وقد تأولناه له هناك (سلمنا) لكنه لم يوافق عليه احد (وهل) يسقط

وكذا لو باع الشريك ثبوت للمشتري الاول الشفعة وان كان لبائعه خيار الفسخ فان فسخ بعد
الاخذ فالمشروع للمشتري فان فسخ قبله فلا حق للبائع والمشتري (وفي المشتري خل)
اشكال (متن)

حينئذ خيار المشتري ام لا قال في التذكرة يثبت له خيار النسخ وذلك لا يمنع الاخذ بالشفعة وقال في
المسالك ظاهرهم سقوط الخيار وفي المفاتيح انه ظاهر الاكثر وفي الحكايتين تأمل ظاهر ان كانا فهما ذلك
من كلامهم مع ان الاول حكاه في الروضة عن الشهيد احتمالا وستسمعه قريبا وان كانا فهما ذلك من
انه اذا انتقل الملك عنه كيف يبقى له خيار ففيه ان البائع والاجني يثبت لهما ذلك مع عدم الملك ووجهه
اي سقوط خياره انه لا فائدة في فسخه لان غرضه على تقديره حصول الثمن وقد حصل من الشئع (وقال)
في الدروس ويأزم على قول الناظر وعنى به كون اخذ الشئع على تقدير خيار البائع مراعى ان تكون
المطالبة يعني الاخذ على تقدير كون الخيار للمشتري مراعاة ايضا (قلت) قد سمعت ما في التذكرة من التصريح
بذلك قال في الدروس ويمكن القول بان الاخذ يبطل خيار المشتري كما لو اراد الرد بالعيب فاخذه الشئع
ولان العرض الثمن وقد حصل من الشئع الا ان يباب بان المشتري يدفع الدرك عنه انتهى ومعه ادولا
كذلك الرد بالعيب فانه انما يثبت له لاجل الظلامة وذلك يزول باخذ الشئع (قلت) وهذا فيه الدرك ايضا
فينبغي له ابداء الفرق فليكن مانع فيه كذلك لكنهم سيأتى لهم مكررا ان الامر في الدرك
سهل ولا بد في تحريره هذا من الرجوع الى ما كتبناه في شرح قوله ذيا يأتي فان تقايل المتبايعان اورد بعيب
فللشئع فسخ الاقالة والرد فانا استوفينا فيه الكلام وحررناه بما لا يوجد في كتاب وهذا الجواب منه
هو الوجه في الملازمة التي ألزم بها الناظر ومناه ان المشتري يتعلق غرضه باختيار بغير الثمن كما اذا اراد
ان يدفع دركه عنه (قلت) يمكن على هذا ان يرعى سقوط خياره باسقاط سقوط الدرك عنه هذا وكان
الاولى بالمصنف ان يقول ولا يسقط خيار ذوي النياز ليشمل ما اذا كان النياز لاجني بل ماذا كان
المشتري منردا او منضما ولعله اراد التخصيص على رد ما ظهر من ابن ادريس ويأتي لهم في مستطات الشفعة
كلام فيما اذا كان اختيار للشئع واختار الامضاء (قوله) = كذا لو باع ثبوت للمشتري الاول الشفعة
وان كان لبائعه خيار النسخ = كما في التحرير وجامع المقاصد ومناه انه لو باع الشريك الآخر الذي
لم يبيع حصته وهو الشئع حيث لم يأخذ في صورة ما اذا اشتمل البيع الاول على خيار فالمشتري الاول
وهو الذي اشتمل بيعه على خيار الاخذ بالشفعة لانه شريك حقيقة وان كان بيعه مشتملا على خيار اذا لا
منافاة بين ثبوت الخيار وكونه مالكا المتضي لكونه شريكا والعبارة تعطي بان استحقاقه الشفعة ثبت
له مع الخيار مطلقا اي سواء كان للبائع او له اي المشتري الاول ولهما وان الرد الاخفى هو ما اذا كان الخيار
للبائع كما هو قضية العطف بان الرصالية مع ان ثبوت الشفعة اذا كان الخيار له اي المشتري الاول اخفى
خصوصا اذا جاء النسخ من قبله فاما ان لا يكون العطف صحيحا او يكون المراد عدم ثبوت الشفعة اذا
كان الخيار للمشتري والظاهر انه لا فرق بين ان يكون الخيار له او لا كما بين ذلك كله في جامع المقاصد
لكن عبارته لا تخلو عن حرازة وايام (وقد يقال) ان غرضه بان الرصالية التعريض بالقائلين بان لاشفعة في
البيع الذي فيه خيار البائع فيكون المراد ان ثبوتها للمشتري في هذا الزرع الخفي وان كان فيه خيار لبائعه
فما ظنك بما اذا باع احدهما بخيار واخذ الآخر الاصيل الذي هو محل النزاع المتقدم بل انظر انه لم يرد غيره
وقد رتب الحكم المذكور في التحرير والتذكرة والدروس على كون الخيار للبائع وان عدم الاخيران
الترجيح وهذا يشهد على ما فهمناه على انا قد نقول ان ما ذكره المصنف هو الاخفى كما لا يخفى (قوله) = فان
فسخ بعد الاخذ فالمشروع للمشتري = اي اذا فسخ بائع هذا المشتري بعد اخذه حصته الشريك الآخر الذي باع
حصته اخيرا فالمشروع له اي المشتري لانه في وقت الاخذ كان شريكا فاستحق الشفعة فلما اخذ عن استحقاق وصار

﴿ الفصل الثاني في الاخذ والمأخوذ منه ﴾ اما الاخذ فكل شريك متحد بحصة مشاعة قادر على الثمن فلا تثبت لنير الشريك الواحد على رأي (متن)

مال كاحقية لا يضره طر والفسخ الريل للملك كما لو زال بسبب آخر وعلى قول الشيخ بعدم انتقال المبيع الا بعد انقضاء خيار البائع يجب ان يكون الاخذ له لبقاء الشركة ولو فسخ فأولى (قوله) ٢٠٠ = وان فسخ قبله فلا حق للبائع والمشتري اشكال ٢٠١ = اي ان فسخ البائع المذكور قبل اخذ المشتري منه حصة الشريك الآخر فلا حق له اي البائع الناسخ في الشفعة لانه وقت البيع الثاني لم يكن شريكا وشرط استحقاقها ثبوت الشركة وقت البيع واما المشتري منه فني استحقاقه الشفعة بعد فسخ بانهم يبيع اشكال ينشأ من سبق ثبوته والاصل بقاءه ومن زوال - المستحق قبل الاخذ فيزول الاستحقاق وبعبارة اخرى من زوال العلة الموجبة اعني الملك وقد اشتمل - حكمه السبب وهي ضرر الشركة فكان انما والاصح انه لاحق له كما في جامع المقاصد وانه مال اليه في الايضاح فعلى هذا يشترط لثبوت الشفعة كونه شريكا وقت البيع ووقت الاخذ فلو باع الشريك استحقاقه بعد بيع شريكه لم يستحق شفته ان كان عالما وفي بقاء شفته لو باع قبل علمه ببيع وجهان اتيان ببركات خير خلقه محمد وآله الطاهرين صلوات الله عليهم اجمعين

﴿ الفصل الثاني في الاخذ والمأخوذ منه ٢٠٢ ﴾

(قوله) ٢٠٢ = اما الاخذ فكل شريك متحد بحصة مشاعة قادر على الثمن ٢٠٣ = قد عرفه بذلك في الشرائع بتلك المتحد وهو تعريفه باعتبار قيوده المتفق عليها وتعريف المصنف مبني على مختاره وكلاهما يشملان الموقوف عليه خاصة ويراد بالقادر القادر بالقوة والنعل ويشمل الثمن المثلّي والنيسي كما في التنبيه على ذلك كله (قوله) ٢٠٤ = فلا تثبت لنير الشريك الواحد على رأي ٢٠٥ = هو خيرة الفقه المنسوب الى مولانا الرضا عليه السلام لان الظاهر عندنا انه لم يلى بن بابويه ورسالة اي علي بن بابويه فيا حكى عنها والمنع والمنفعة والانتصار والتمهيد والاستبصار والنهاية والخلاف والمبسوط والمراسم والكافي والمهذب والوسيلة وقته القرآن للراوندي والفنية والسرائر والشرائع والنافع وكشف الرموز والتذكرة والتحرير والارشاد والبحر والمختلف والدروس واللمعة وجامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان والمآئيد (وهو) المحكي عن الطبرسي والكيدري ووالد المصنف (وقد) حكى عليه الاجماع في الانتصار والفنية والسرائر والتنقيح وظاهر الخلاف حيث قال عندنا وانه انفراد لنا ونحوه قوله في المبسوط لم يوافقنا عليه احد وفي الانتصار ايضا انه من متزواتنا وفي التنقيح ايضا ان عليه التتوي (وفي) الدروس وجامع المقاصد انه المشهور وكاد يكون اجماعا (وفي) المختصر والمسالك ومجمع البرهان والكفاية والمآئيد انه المشهور وفي المبسوط وكشف الرموز والتذكرة والمسالك ومجمع البرهان ايضا انه مذهب اكثر علمائنا وفي الاول في مقام آخر انه مذهب اكثر علمائنا المحققين وفي المهذب انه الظاهر من مذهبنا وفي جامع المقاصد ايضا انه المذهب وفي النافع روايته اشهر وفي الروضة انه اشهر القولين (وفي) التذكرة ان الجمهور كافة على الثبوت مع التعدد ولا ترجيح في الايضاح والمسالك وكذلك الكفاية في غير العبد وفيه وافق الاصحاب (والمخالف) ابو علي فيا حكى والصدوق في النقيه وقد اختلفا النقل عن اي علي فني الانتصار انه يوجب الشفعة في القمار فيا زاد على اثنين وانما يعتبر الاثنين في الحيوان خاصة وهذا هو خيرة الفقيه كما فهمه منه المصنف في المختلف وولده وكاشف الرموز والشهد في الدروس وغيرهم وقد نسب اليهما ما ثبتوا مع الكثرة من دون تنصيل ابو العباس في المختصر والمهذب والمحقق الثاني في جامع المقاصد وغيرهما وحكى المصنف في المختلف وولده عن اي علي ثبوتها مع الكثرة وحكى عن الصدوق في النقيه التنصيل المذكور وحكى في الشرائع والتحرير في المسئلة ثلاثة اقوال (الاول) انها تثبت مطلقا على عدد الروس (الثاني) انها تثبت في الارض مع الكثرة ولا تثبت في العبد الا للواحد (الثالث) المشهور فاقول الاول ان لم يكن لاني تلي كان مما لا قائل به فيا نجد

والقول الثاني لم نجد القائل به قبل صاحب الكفاية لان الصدوق يشترط الاتحاد في مطلق الحيوان ولا يخصه بالبعد (وليعلم) ان الصدوق قصد بذلك الجمع بين الاخبار وهو وهم صرف لانه قال بعد ايراده مضمون رواية يونس يعني بذلك الشفعة في الحيوان وحده مع ان الامام عليه السلام قال فيها الشفعة واجبة في كل شيء من حيوان او ارض او متاع بشرط ان يكون ذلك الشيء شريكين لا غيرهما اثنين لا ازيد فلما مجال التخصيص هنا بالحيوان على ان المتبادر منه في هذه الاخبار مطلق الحيوان او الصامت كما افصحت به صحيحة الحلبي فكان الاولى ان لا يعد قولاً لانه نشأ عن وهم محض (الا ان تقول) ان الذي دعاه الى ذلك استقامة السيرة واستمرار الطريقة على ذلك (قلت) لو كان كذلك لما خالف ذلك هو وابوه في المنع والرسالة ومعاصروه على اننا قد بينا في اسلف ان السيرة مستقيمة والطريقة مستمرة على عدم الشفعة في الحيوان (ومع العجيب) قوله في المختلف ان قول ابي علي لا يخلو من قوة وتخطئة وولده لابن ادريس في دعوى الاجماع لمكان خلاف ابي علي الذي لم يزل موافقا للامة وكم من قول له انعتد الاجماع على خلافه وان كان لمكان خلاف الصدوق ايضا فهو ايضا في غير محله مع انه نزل هو في المختلف كلامه وعرف منشأه ثم انه ينبغي لهما ايضا ان يخطئا علم الهدى واما المكارم والشيخ في ظاهر الخلاف وكذا المبسوط ويقترب من ذلك ما في المذهب البارع والمسالك من ان دليل ابي علي امتن كما في الاول وانه اكثر وارضح واصح كما في الثاني وستعرف الحال (واها) قول صاحب الكفاية فضيع جدا مع انه فيما سلف فني البعد عن عدم ثبوتها في المقول من بعد وعيره (وكيف كان) فندليل المشور والاجماع المتضدة بالشهرات المنقولة في اثني عشر موضعا وقد سمعت ما في الدروس وجامع المقاصد من انها كادت تكون اجماعا مضافا الى الاصل بمعانيه الاربعة واطباق العامة على خلافها كما سمعت عن السيد والشيخ والاخبار (فمنها) صحيحة عبد الله بن سنان على الصحيح في العبيدي عن يونس الصريمة في ذلك قال (ع) لا تكون الشفعة الا شريكين ما لم يتقدا بما اذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم شفعة (ومثلها) في الصراحة مرسل يونس (ومثلها) في الصراحة ما في النسخة المنسوبة الى مولانا الرضا (ع) ان صحت النسبة قال اذا كان الشريك اكثر من اثنين فلا شفعة لواحد منهم (ومثلها) في الصراحة صحيحة عبد الله بن سنان وموثقة وصحيحة الحلبي وحسنة الواردة في الملوك والحيوان اذا لم نعمل ببعض الخبر ونترك بعينه (الا ان تقول) ان ذلك في غير ما هو من هذا القبيل مما يستقل ولا كذا كاهنا لانه قال (ع) لا شفعة في حيوان الا يكون الشريك فيه واحدا والباقي من ذلك مثل ذلك (فنتقول) ان في غيرها اكمل بلاغ (واما) ما يدل على الشفعة مع الكثرة فخير السكوني وطلحة بن زيد الشفعة على عدد الرجال وعلى الرجال وقد حملها الشيخ والجماعة على التقية وفي سندهما ما يدل على ذلك وقد علمت اطباق العامة على ذلك (نعم) قد يوم الدلالة على هذا القول حسنة منصور بن حازم وموثقة ورواية عقبه حيث وردت بلائط الشركاء واتل الجمع ثلاثة وكذا انظر القوم في احدي روايتي منصور وقد حمل في الدروس روايتي منصور على التقية (واجاب) جماعة منهم السيد في الانتصار والشيخ في الاستبصار بمحمل الجمع على الاثنين وهو مجاز شائع ذائع في الايات والروايات قال الله عز وجل فان كان له اخوة (سلمنا) وما كان ليكون لكنها لا تقوى على معارضة المشهور من وجوه شتى (وبيتي) الكلام في الكثرة المانعة فهل المراد بها الكثرة السابقة على عقد البيع كأن يكون ثلاثة فيبيع احدهم او الاعم منها ومن الاحتمة كما لو كان الشريك اثنين وباع احدهما نصيبه من اثنين فلا يصح الشريك الآخر الاخذ منها ولا من احدهما لمكان الشركة اللاحقة لان كل واحد من المشتريين من الشريك شريك خصوصا اذا اشتريا على التعاقب ولم يعلم الشريك الآخر الا بعد شرائهما وقيل انها انما تقع في المثال فيما اذا اخذ من احدهما دون الآخر اما اذا اخذ من الجميع فلا لان الشريك المستحق للشفعة واحد اقوال (وظاهر) قوله (ع) فاذا صاروا ثلاثة فليس لواحد منهم الشفعة يقتضي بنينا الاستحقاق في المثال مطلقا وهو ظاهر المحقق الثاني والشيد الثاني والتفصيل ظاهر المصنف في آخر النزوع على القول بالكثرة وظاهر الشهيد

(متن)

ولا للعاجز ولا الماطل والمهارب

حمل الكثرة على السابقة ذكره في حواشيه وهو المتبادر من التناوي ومن اطلاق غير خبر عبد الله بن سنان كقوله (ع) في رسالة يونس بشرط ان يكون ذلك الشيء بين شريكين لا غيرها مضافا الى الاستصحاب وعدم عده في المسقطات لاحد منهم وقام الكلام في اواخر الفروع المترتبة على القول بالكثرة ثم ان المحقق الثاني في اوائل المقصد الرابع قد خاف ما حكيناه عنه هنا عند شرح قوله ولو باع بعض نصيبه وقتنا بشوتها مع الكثرة فليحظ ذلك (قوله) = * * ولا لعاجز * * = اجماعا كما ينهم من المسالك في قيود تعريف الشئيع حيث قال هذا تعريف الشئيع باعتبار قيوده المتفق عليها وبلا خلاف كما في الغيبة والرياض وفي مجمع الرحمن يمكن ان يكون دليله الاجماع وقد صرح بالحكم في النهاية والسرائر والشرائع والنافع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وغيرها وهو معنى ما في التبصرة واللمعة وغيرها من اشتراط القدرة على الثمن (ودليله) بعد الاجماع الاصل وانه ضرر على المشتري والبائع وان غيره المتبادر من اطلاق النص والتري بل يمكن الاستدلال عليه بحسنة علي بن مهزيار بالهدي وهو الهيثم الواردة في تأجيل مدعي غيبة الحق ثلاثة ايام ونزى الشفعة ان لم يمنعه بعدها وينبغي ايضا لانها تنفع فيما يأتي من الماطل والمهارب قال سنلت انا جعفر الثاني (ع) عن رجل طلب شفعة ارض فذهب على ان يضر المال فلم ينض فكيف يصنع صاحب الارض اذا اراد بيعها ايبعا او ينتظر عي شريكه صاحب الشفعة قال ان كان معه في الماء فليتنظر به الى ثلاثة ايام فان اتاه الا فليبيع ودخلت شفته في الارض وان طلب الاجل الى ان يحمل المال من باد خرفلية تنظر به مقدار ما يسافر الرجل الى تلك البلد وينصرف وزيادة ثلاثة ايام اذا قدم فان وفا والا فلا شفعة (والمراد) بصاحب الارض المشتري ويدل عليه اطلاق لفظ الشفعة التي هي حقيقة لغة وعرفا وشرعا في الاستحقاق بعد البيع (وتحذلق) هنا صاحب الحدائق وقال ان موردها الشفعة قبل البيع وان المراد بصاحب الارض الثالث الاول وان الاصحاب قاسوا حال المشتري على البائع (وفيه) ان اذا سلم ظهورها فيما قال فاللاحق من باب تفنيح المناط باعتل او بالاجماع او بها على انه اخذ ذلك من المقدس الاردبيلي (ويحقق) العجز باعتراؤه او شدة الفراق القطعية او عدم مشروعية استدانته وهل يتحقق العجز بنقره واعساره قال في جامع المقاصد فيه نظر لا يمكن ان يحصله بقرض ونحوه فينظر به ثلاثة ايام انتهى وقال في المسالك بعد ان تردد ايضا ان الاجود عدم وقد تقدم له في تعريف الشئيع العجز بذلك وحكم ايضا بانظاره ثلاثة ايام ولعلها استنادا للتعدد بالثلاثة من العسنة كما عرفت لانها ليست صريحة في التأخير من حيث غيبة الثمن معنى انه موجود وليس يضر بل الظاهر منها ما هو اعم من ذلك ومن عدمه بالكلية او مطله به لان معنى لم ينض لم يحصل فتأمل وفي مجمع البرهان ان الاولى في هذا ان يناط بارقة الذي يضر الصبر اليه عرفا بالمشتري او البائع عرفا ولعله لا يتم على القول بالضرر ولا على القول بالتراخي فتأمل ولا يجب قبول الرهن والضامن والعوض كما في التحرير والدروس والروضة (قوله) = * * ولا الماطل والمهارب * * = كما في الشرائع وما ذكر بعدها فيما قبلها وصرح في النهاية والسرائر بذلك في الماطل لان الماطل والهرب كالعجز بل اقبح لكن اخرجهما بقيد القدرة وفيه الاينى لصدق القدرة عليهما بالتأمل وازادة لازم القدرة منها وهو دفع الثمن لان كان هو الغاية المقصودة منها اطلاقا لاسم السبب على السبب لا تستحسن في التعاريف وان كانت شائعة في غيرها وظاهر اطلاقهم كما في جامع المقاصد ان الماطل يتحقق قبل الثلاثة ولا يشترط فيه ثلثة ايام لانها للعاجز ولا عجز ويحمل العاجز به لظاهر الحسنة كما عرفت ولعل الاولى لا ناطة بالضرر بالصبر وان قل عن الثلاثة لان الماطل هو القادر ولا يؤدي فتأمل (وليعلم) ان العلم بانه ماطل من قبل لا يمنع من اخذه بالشفعة واما المهارب ففي التذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك انه ان كان هو به قبل الاخذ فلا شفعة له قالوا وان كان بعده

فان ادعى غيبة الثمن اجل ثلاثة ايام فان احضره والا بطلت شفعته بعدها ولو ذكر انه في بلد آخر اجل بقدر وصوله منه وثلاثة ايام بعده ما لم يستضر المشتري (متن)

فالمشتري الفسخ ولعل الوجه في الاول منافاته القورية وفي الثاني عموم لاضرر ولا ضرار وفي التحرير ما ذكر بعده انه لا يتوقف على حكم الحاكم لمكان الضرر وان لم يكن له اي المشتري ذلك في البيع اذا هرب المشتري او اخر الدفع لان البيع حصل باختيارها وهما اخذه الشفيع لتغير اختيار لازالة الضرر عن نفسه فاذا اشتمل على اضرار المشتري منع وفي التذكرة ان النسخ الحاكم (قوله) * فان ادعى غيبة الثمن اجل ثلاثة ايام فان احضره والا بطلت شفعته بعدها ولو ذكر انه في بلد آخر اجل بقدر وصوله منه وثلاثة ايام بعده * كما صرح بذلك في النهاية والمهذب والكافي والغنية والسرائر والبرائع والنافع وال... والتحرير والارشاد والتبصرة والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجميع البرهان والكفاية والمنافع وغيرها (والاصل في ذلك كله حسنة ابن مزيار المتقدمة وقد سمعتها وعرفت الحال فيها فيما اورد على الاستدلال بها وعليها العمل كما في المنافع ويمكن ان يقال انه يظهر من الغنية دعوى الاجماع كما ستسمع ولعل المراد بطلان الشفعة ان لم يحضره انها تسقط ان لم يكن اخذ وانه يتسلط على النسخ ان كان قد اخذ كما نبه عليه في التذكرة وصرح به في جامع المقاصد والمسالك وفي الكفاية ان هذا التحصيل غير مذكور في الرواية ونعم ما قال اذ اتقصى ما يقال من طرف المفضلين مع الغض عن الشق الاول لانه لا يمكن ارادته من الرواية لانه مبني على ان طلب الشفعة في الرواية ليس معنى التملك والاخذ بل بمعنى انه قال اني اريد ان اخذ وهو باطل من وجوه عديدة يأتي بيانها في الفصل الثالث ان الحكم بالبطلان انما هو لمكان مراعاة المشتري فاذا رضي بالتأخير فقد اسقط حقه واقصى ما دلت عليه الرواية ان حق الشفيع يستقط بمعنى انه ليس له المطالبة بالشفعة وهو لا يستلزم سقوط حق المشتري من مطالبة الشفيع بالثمن بعد اخذه بالصيغة الناقلة ورضا المشتري بالتأخير ولا دلالة فيها على بطلان حق الشفيع اذ الشأن فيها كالثان فيما ورد في خيار التأخير من انه لا يبيع له مع اطباق الاصحاب على بقاء الصحة وبقاء الخيار لافساده من اصله فمعنى قوله (ع) بطلت الشفعة في النرض الاول في اخباره لاشفعة له كما قال (ع) ذلك في النرض الثاني ومعنى قوله (ع) لاشفعة له انها غير لازمة كما قلناه في قوله (ع) لا يبيع له في خيار التأخير من ان معناه لا يلزم البيع هذا اتقصى ما يمكن ان يقال في توجيه ذلك وهو خروج عن صريح الرواية لانها صرحت بالبطلان فيكون معنى قوله (ع) لاشفعة له انها باطلة فيحصل الظاهر او المحتمل على الصريح لالعكس ثم انه اذا بطل حق الشفيع وصار كالاجنبي كيف يبتقي حق المشتري وكيف يكون من قبيل قوله (ع) في خيار التأخير لا يبيع له ولا ياتي لنا في اول الفصل الثالث تحرير ذلك كله هذا وظاهر الرواية يشعر بان ابتداء الثلاثة من حين علمه بالبيع لامن حينه لان التبادر من قوله فذهب انتظار الثلاثة من حين ذهابه لاحضار المال وهذا الذهاب واجب فور كما كان اخذه فوراً من حين العلم وتعتبر الثلاثة ملفقة لواقع البيع في خلال اليوم كما في جامع المقاصد قال وهل تعتبر الليالي بحيث تلفق ثلاثة ايام وثلاث ليال لاتصريح بذلك ولو قلنا ان مسمى اليوم شامل لليل اعتبرت نعم لو وقع البيع اول الليل فالليالي داخلة تبعاً انتهى (قلت) تدقلاً في مثله كخيار الحيوان ونحوه باعتبار الليالي لدخول الليلتين اصابة فتدخل الثلاثة حذراً من اختلاف مفردات الجمع في استعمال واحد الا ان تقول ان هذه الكلمة تقال عرفاً مع خروج الليلة الثالثة حيث لا قرينة تعين دخولها او خروجها ولو احتجج الى الرفيق حيث يذكر انه في بلد آخر انتظر حصوله كما هو المستمر في العادة ولا يجب عليه اسبغاره والظاهر انه لا يستتي له وقت يكون فيه في ذلك البلد زيادة (قوله) * ما لم يستضر المشتري * قد صرح به في النهاية وكثير ما تأخر عنها وفي الغنية الاجماع عليه قال هذا انما لم يؤد الصبر عليه الى ضرر فان ادى الى ذلك بطلت الشفعة بدليل

فان كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الاسلام وان اشتراه من ذمي والا فلا وللاب وان
علا الشفعة على الصغير والمجنون وان كان هو المشتري لهما والبايع عنها على اشكال وكذا
الوصي على رأي والوكيل (متن)

اجماع الطائفة وفي مجمع البرهان ان ظاهر الرواية عدم التقيد بعدم الضرر وكأنهم قيدوه به لانه منفي
عقلاً ونقلًا لكنه غير ظاهر لانا نجد وقوع الضرر في الشرع كثيرًا فليس له ضابط واضح (قلت) الضابط
في ذلك العرف فيتحقق ضرره بطول المسافة بما لم تجر العادة بثله فعينئذ انما يثبت التأجيل بما ذكر اذا
لم يلزم طول كثير لم تجر العادة بثله كمنع من بالعراق الى الشام ونحو ذلك (قوله) = ١٠ = فان
كان المشتري مسلماً اشترط في الشفيع الاسلام وان اشتراه من ذمي والا فلا ١١ = فلا شفعة
لكافر على مسلم كما صرح به في القنعة والانتصار والنهاية والبسوط والخلاف والمراسم والوسيلة
وقه الراوندي والفتية والسرائر وسائر ما تأخر عنها وقد حكى عليه الاجماع في الانتصار والخلاف
والبسوط والفتية ومجمع البرهان وظاهر التذكرة حيث نسبته الى علمائنا وفي السرائر انه لا خلاف فيه وفي
المسالك كانه موضع وفاق لان الشفعة حتى قبوري فلا يثبت الكافر على المسلم بقوله جل شأنه وان يهل
الله للكافرين على المؤمنين سيلاً وفي النيز ليس لليهودي ولا النصراني شفعة وقد قالوا ان المراد على
المسلم للاجماع على ثبوتها لها على غيره حكاه جاء واختصاص النص واكثر التناوي بالذمي اعلاه ائدرة
اتفاق شركة المسلم مع الحربي او المنيبه على الأدنى بالا على ولا فرق في ذلك بين ان يكون الباع مسلماً
او ذمياً لان الشفيع انما يخذ من المشتري فان لم يكن المشتري مسلماً لم يشترط اسلام الشفيع وان كان
البايع مسلماً (قوله) = ١٢ = والاب وان علا الشفعة على الصغير والمجنون وان كان هو المشتري او البائع
عنها على اشكال ١٣ = ينشأ من ان ايتاع العقد يتضمن الرضا به وذلك مسقط للشفعة وهو خيرة المختار
وحده لاشريك له ومن ان ايتاع العقد المذكور يقيده للاخذ بالشفعة وتحقيق لسيه فلا يكون الرضا به
مسقطاً لها اذ الرضا بالسبب من حيث هو سبب يقتضي الرضا بالسبب وبعبارة اخرى وهي ان ايجاد العلة
وهي البيع لا ينافي طلب المعلول وهو الشفعة وهو خيرة البسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والايضاح
والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة (لا يقال) ان البيع والشرائع مع ارادة الشفعة لا يمانحان صحيحين
اذ لا غبطة لهما في ذلك (لانا نقول) ان المفروض صحة التصرف وهي ممتدة بالمصلحة فمت وجدت صحة والا
فلا والكلام في الصحي والمجنون ولا ريب ان للاب وان علا الشفعة على الوالد العموم ولا يثبت في البالغ
العاقل وهل يستحق الوالد على الوالد الشفعة قال في جامع المقاصد فيه احاطان وفي الاستحقاق تارة (قاتبة)
هو قضية العموم (قوله) = ١٤ = وكذا الوصي على رأي ١٥ = اي له الاخذ بالشفعة اذا باع او اشترى ان
هو مولى عليه كما هو خيرة التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة وقال في الشرائع لو
قيل به كان اشبه وقد فهم منه في المسالك انه خيره وقال في البسوط اذا باع ولي اليتيم حصته من المشترك
بينه وبينه لم يكن له الاخذ بالشفعة الا ان يكون اباً او جداً لان الوصي متهم فيؤثر تفهليل الثمن ولانه
ليس له ان يشتري لنفسه بخلاف الاب والجد انتهى (وفيه) ان المفروض وقوع البيع على الوجه المعتبر ثم ان
في خبر السكوني وصي اليتيم ينزله ابيه ياخذ له الشفعة اذا كان له رغبة فيه فقد دل على كونه مثل الاب
في جميع الامور حتى في الاخذ بالشفعة وظاهر المختلف الاجماع على انه يجوز للوصي ان يشتري لنفسه كالأب
والجد وهو كذلك هذا ولو رفع امره الى الحاكم فباع فاخذ بالشفعة فلا يثبت في الصحة كما في جامع المقاصد
والمسالك لارتضاع التهمة والاستناد الى الرضا بانبيع قد تبين فساد (قوله) = ١٦ = والوكيل ١٧ = اي
في الثراء والبيع له ان ياخذ بالشفعة لنفسه قولاً واحداً كما في جامع المقاصد وقد نص على الحكم في
الخلاف والسرائر والشرائع وغيرها وياقي في مستطقات الشفعة المصنف وغيره انه غير مستط ومنع من

وتثبت للصغير والمجنون ويتولى الاخذ عنهما الولي مع المصاحبة فلو ترك فلهما بعد الكمال المطالبة (متن)

اخذ في المبسوط والمختلف واستشكل في التذكرة (ومستند) الاول التهمة في تقليل الثمن وانه لا يجوز له شرائه من نفسه والاخيرين ان قصد البيع ورضاه به مسقط لها كما تقدم وقد عرفت الجواب عنها وان المسقط انما هو رضاه بالبيع ليقى ملكا المشتري وهد غير لازم حصوله عن كونه وكيلا لاحدهما في العقد والا فلا ريب ان من يتوقع الشفعة راض بوقوع البيع ويزيد الاول ان الموكل ناظر لنفسه يعترض ويستدرك ان وقف على تقصير (قوله) * = وتثبت للصغير والمجنون ويتولى الاخذ عنهما الولي مع المصلحة * = قد صرح بان ولي الصبي اليتيم لاخذ له بالشفعة في المنع والزيادة وزيد الموقوف في المقنعة والوسيلة وقد عبر عن ذلك بان لولي غير كامل العقل ان ياخذ له بالشفعة في الغنية والمراسم وهو يشمل الصبي والمجنون والسفيه وبالثلاثة عبر في الخلاف والمذهب ووافقهما على ذلك جماعة منهم المصنف في الكتاب والمحقق الثاني كما ستعرف والاكثر ان يقتصر على الصبي والمجنون كما في التذكرة وكثير مما تأخر عنها وفي الخلاف والغنية والتذكرة الاجماع كل حكاها على ما ذكره وفي مجمع البرهان ان قيام الولي مقام المولى عليه في اخذ الشفعة كانه لا خلاف فيه وفي جامع المقاصد لاشبهة في ثبوت الشفعة للصبي والمجنون بشروطها ورواية عن علي عليه السلام وستسمع ان ليس للمجنون في الرواية ذكر وفي الكافي والغنية والسرائر ان المطالب بالشفعة نلوى عليه وليه او الناظر في امور المسلمين فقد زادوا الحاكم وقد يراد من الولي في كلام الباقر فتأمل (اول)، من قيد ذلك بالمصلحة والغبطة المحقق في الثرائم والنافع وتبعه غيره وهو المراد بالرغبة في الرواية كما ستسمع وتركه في كلام المتقدمين لظهوره ووضح انه لا بد منه وقد نبه عليه في الخلاف في المسائل الاتية (نعم) ستسمع عن فخر الاسلام انه يكفي في اخذ الولي عدم المفسدة (وكيف كان) فدليلهم على اخذ الولي له بعد الاجماع انه كسائر التصرفات مضافا الى العومات المعتضدة بالوجه الظاهر من الحكمة المشركوتول امير المؤمنين (ع) في خبر السكوتي المنجبر بعض الفرقه وصي اليتيم بمنزلة ابيه ياخذ له الشفعة اذا كان له رغبة فيه وقال للغائب شفعة وهو وان خص اليتيم والغائب الا انه لا قائل بالفصل بين الصبي والمجنون بل والسفيه واقتصر بعضهم على الصبي لعله لاشتراك المجنون بل والسفيه معه في جميع الاحكام الا ما قل مع المحافظة على مورد النص فتأمل وقد سمعت ما في جامع المقاصد من جعل الصبي والمجنون من سنخ واحد حيث نسب ذلك الى الرواية (والظاهر) ان ذلك غير واجب على الولي للاصل وعدم تصريح احد بالوجوب بل ظاهرهم عدمه حيث يقولون كان لوليه فلوليه يتولى الاخذ له الولي ولم يقل احد على الولي او يجب على الولي (نعم) احتمل المقدس الاردبيلي فيما ياتي في مسئلة ما اذا اعمل ان يكون اهاله حراما ثم استظهر عدمه كما ستسمع ويعلم من ذلك ثبوتها للمولى عليه مضافا الى عموم اخبار الباب المتناولة للمولى عليه وغيره واثبت الشهيدان للفلس الشفعة وفاقا للتذكرة وقال انه لا يجب على الثرما. تمكينه من الثمن فان بذلوه او رضي المشتري بذمته واخذ تعاق بالشفقة حق الثرما. قال في الروضة ولا يجب عليه الاخذ لو طلبوه منه مطلقا اي سواء بذلوا له الثمن او رضي المشتري بذمته وتام الكلام عند تعرض المصنف له فيما ياتي (قوله) * = فلو ترك فلها بعد الكمال المطالبة * = اذا كان الحظ في الاخذواهل الولي كما في الخلاف والتحرير والمقنعة في خصوص الصبي مع ترك القيد في المقنعة وكما في الغنية والسرائر مع ترك القيد والسرائر والنافع والتذكرة والارشاد وجامع المقاصد ومجمع البرهان والكفاية وفي المجنون وفي الغنية الاجماع عليه وكما في الدروس والنعمة والمالك والروضة والمقابع فيها وفي السفيه (ودليله) فيها بعد الاجماع معلوما ومنقولاً ان التأخير وقع لعذر وتقصير الولي بالتراخي لا يسقط حق المولى عليه والحق ليس متجددا له عند الكمال بل هو مستمر وانما المتجدد له اهلية الاخذ فالملك باق للمشتري

الا ان يكون الترك اصلح (متن)

الى حين الاخذ وليس في ذلك الا حصول الضرر على المشتري بطول انتظار ارتقاع الموانع ومبعض تناقض الضررين الرجوع الى حكم الاصل (ويدفعه) اطباقيهم على ذلك ولعله لمكان اطلاق الخبر في ذلك مع انه هو الذي ادخل الضرر على نفسه بشرائه شقص شريك اليتيم مضافا الى اطباقيهم على مثل ذلك في القالب وان طالت المدة وقال الشهيدان الاقرب ان للولي ذلك لبطان التوك (وليعلم) ان غزو الولي كتركه كما نص عليه في التذكرة وهو قضية كلام الباقي وفيه اوفى التحرير والايضاح وجامع المقاصد انه لو عني الولي مع غبطة الاخذ كان للولي ايضا المطالبة والمصنف استشكل فيه فيما ياتي من الكتاب من ادائه الى التراخي ومن ان الحق ثابت للطفل والفرض بطلان الغزو للولي المطالبة به كسائر الحقوق وتقصيره لا يستطحق للطفل والمصنف جعل الفرق بين الولي والصبي فاستشكل في الاول كما عرفت وجزم بان للصبي المطالبة عند كماله ان الصبي يتجدد له الحق عند بلوغه فلا تراخي وقد عرفت ان لا يتجدد له انما هو اهلية الاخذ وقد يراد بالحق في كلامه اهلية الاخذ بل لا يتم وجها الاشكال الا به والا لتناقض قوله من ادائه الى التراخي ومن ان الحق ثابت للطفل عند التأمل وامعان النظر (وليعلم) انه لا غرم على الولي وقد نص عليه في التحرير وقال المقدس الاردبيلي يمكن ان يكون افعال الولي مع المصلحة حراما تستقطب العدالة والولاية ان كان كبيرة او مع الاصرار والظاهر عدم للاصل لمول احكامه كون الاهمال كبيرة لانه كالاتلاف والاتلاف كالاكل (قوله) - * الا ان يكون الترك اصلح * - كما في التذكرة والتحرير والارشاد وجامع المقاصد والروضة ومجمع البرهان ومنه ما اذا ترك لآسار الصبي فانه ليس له ولا للصبي الاخذ بعد يساره كما نص عليه فيما ياتي من الكتاب ولو كانت القبلة في الترك قد ترك او عني ثم صار الحظ في الاخذ لم يكن له ولا للصبي اذا بلغ الاخذ نص عليه في التحرير وقال في الخلاف اذا كان للصبي شفعة والحظ له في تركه فتركه الولي وبلغ الصبي ورشده له المطالبة بالاخذ وله تركه لانها حقه وليس على استقاطها دلالة وايضا جميع الصومات التي وردت في وجوب الشفعة تتناول هذا الموضوع ولا دلالة على استقاطها بترك الولي انتهى ولعله لذلك تركه الاكثر فتأمل (وفيه) انه اذا كان الحظ في الغزو او التوك فغزو او تركه وجب ان يصح كما يصح له الاخذ عند الحظ ولا اعتراض عليه للمولى عليه فكذا هذا لان الولي يتبع للمصلحة للمولى عليه الا ان تقول ليس للولي ان يغزو وانما يترك الاخذ ان لم يكن حظا تركا لا غزوا فالمولى عليه بعد الكمال له الخيار لان المستحق للشفعة له اخذها سواء كان فيها حظ او لم يكن وانما يلتزم الحظ في اخذ الولي مضافا الى ما ياتي (والحق) والتحقيق ان ترك الولي مع المصلحة في الترك لا يستقطب شفعة الصبي وفي غزو حيث وجب وجهان ومن وجهين لانه ولي قد تصرف مع المصالح (وكيف كان) فمختار الخلاف قوي متين جدا لانه لا تعرض فيه للغزو (وحكي) عن فخر الاسلام ان الولي لو ترك مع تساوي الاخذ والتوك كان للمولى عليه مع زوال الحجر الاخذ ولا يشترط في اخذ الولي القبلة بل عدم الفسدة (وعلى الاول) اي قول المصنف ومن وافقه لو جهل الحال في سبب الترك هل هو للمصلحة او للتصغير ففي استحقاقهم الاخذ وجهان من وجود السبب فيتحصل وهو الظاهر من الكتاب كما ستسمع والوافر لشرع الشفعة لاحتال التضرر بالقسمة التي لا تبارح الشركة ثبت لا يزول فكان الاصل الحظ في الاخذ بالشفعة الا ان يعلم ان الحظ في الترك كان يباع الشقص باكثر من ثمن المثل او به ولم يكن للمولى عليه ما له ولا تلتزم الى ان الاصل في فعل المسلم الذي هو المولى وتركه المصلحة لانه انما يتم اذا كان الاخذ واجبا عليه حتى يقال ان الاصل في المسلم ان لا يجزى بواجب فهذا الوجه هو الاصح ومن انه مقيد بالمصلحة وهي غير معلومة وفي ينفع المقاصد انه وجب وفي الروضة انه اوجه وقد عرفت الحال في ذلك وانه انما يتبعه حيث يكون الاخذ مع المصلحة واجبا عليه وفي جامع المقاصد ان قول المصنف ولو ترك فلها بهم الكمال للمطالبة الا

ولو اخذ الولي مع اولوية الترك لم يصح والمالك باق المشتري وتثبت للشافعية والمالكية والمكاتب وان لم يرخص الولي وبذلك صاحب مال اقراض بالثراء لا بالشفعة ان لم يمكن ربيع او كان لان العامل لا يملك بالبيع وله الاجرة (متن)

ان يكون الترك اصلح يقتضي انه لو جهل الحال لها المطالبة بعد الكمال لشول قوله فلو ترك فلها بعد الكمال المطالبة لذلك فلو قيد بثبوت المصلحة لم يكن الاستثناء متصلا وهو خلاف الظاهر انتهى وقد عرفت الحال (قوله) * = * ولو اخذ الولي مع اولوية الترك لم يصح * = * كما في الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس والمالك وجامع المقاصد وفي الاخير انه لا ريب فيه لان الاخذ مقيد بالمصلحة (قوله) * = * والمالك باق للمشتري * = * في التذكرة والتحرير وهي من تنصت قوله ولو اخذ الولي النخ كما فهمه في جامع المقاصد وهو الظاهر من العبارة ولا يتضمن غيره من عبارتي التذكرة والتحرير وحكي في جامع المقاصد عن حواشي الشهيد انه يمكن ان يكون من تنصت قوله ولو ترك فلها للمطالبة بعد الكمال فيكون جوابا عن سوال مقدر تقديره انه لو ثبت الاستحقاق بعد الكمال لكان الاخذ ١٠١ هو بالعقد السابق فيكشف ان الملك لم يكن للمشتري وجوابه ان الملك باق للمشتري والاخذ اذا ينمى الملك من حينه وقال انه ليس بشيء لان العبارة تأباه (قوله) * = * وتثبت للغائب * = * باجماع الفرقة واخبارهم كما في الخلاف وباجماع علمائنا تامة كما في التذكرة ولا شبهة في ذلك كما في المسالك وقال في الغنية يستحق الشفعة من علم بالبيع بعد السنين المتطاولة بلا خلاف وان كان حاضرا في البلد وكذلك حكم المسافر اذا قدم من عيته وبالحكم صرح في المنع واكثر ما تأخر عنه وقد سمعت ان امير المؤمنين (ع) قال في خبر السكوني للغائب شفعة (وليعلم) ان ذلك ثبت له وان طالت عيته كما هو قضية اطلاق النص والاجماع والفتاوى وبه صرح جماعة وذلك ان لم يتمكن من الاخذ بنفسه او وكيله كما صرح بذلك في التحرير والبسوط والارشاد والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة ومجمع البرهان والكتايب والمفاتيح وهو معنى ما في التذكرة فان اخر مع امكان المطالبة بطلت شفعته وقد صرح في البسوط واكثر هذه مانه لا عبرة بتمكنه من الاشهاد وظاهر المسالك الاجماع عليه ذكره في اواخر الباب وقال في التحرير لو شهد على المطالبة ثم اخر التقدم مع امكانه فالوجه بطلان شفعته وقال جماعة منهم الشيخ في البسوط ان في حكمه المريض والمحبوس ظلالا ويجوز معجزه وقال الشهيد (الشهيدان خل) انه لو قدر عليه اي الحق ولم يطالب بعدمضي زمان يتمكن فيه من التخلص والمطالبة بطلت (قوله) * = * والشفعة * = * قد تقدم الكلام فيه وقد سمعت اجماع الخلاف وكذا الغنية على ثبوتها له للعموم والذي يأخذ له وليه (قوله) * = * والمكاتب وان لم يرخص الولي * = * للعموم والتصرف اذا وقع له للسيد ولا فرق فيه بين نوعيه كما هو صريح الدروس والمسالك وظاهر اطلاق الكتاب والشرائع والتحرير وغيرها لانه قد انقطعت سلطة المولى عنه بل له الاخذ من السيد ان كان هو المشتري ومن المشتري منه ان كان هو البائع (قوله) * = * ويملك صاحب القراض بالثراء لا بالشفعة ان لم يمكن ربيع او كان لان العامل لا يملك بالبيع وله الاجرة * = * قد اختلفت كلمتهم في هذا النوع اثنى البسوط فهل لرب المال ان لاخذ بالشفعة ام لا قيل فيه ثلاثة اقوال (احدها) انه يأخذها بل لا بالشفعة (والثاني) انه لاخذ بالشفعة (والثالث) انه ليس له ان لاخذ بالشفعة (بشفعة خل) ولا بغير شفعة ولم يرجح شيئا وما في الكتاب يوافق ما في التحرير ويقترب منها ما في الشرائع الا ان ظاهرها خلاف ذلك فاما اذا ظهر ربيع قال ولو ابتاع العامل في القراض شقفا وصاحب المال شقيقه فقد ملك بالثراء لا بالشفعة ولا اعراض للعامل ان لم يكن ظهر ربيع وولي المطالبة بالجرة عليه وتضيته انه له الاعراض ان ظهر ربيع والموافق لقواعد الباب وباب المضاربة ما في الدروس قال ليس للمالك اخذ ما شراه العامل بالشفعة بل له فسخ المضاربة فيه فان كان فيه ربيع ملك

واما المأخوذ منه فهو كل من تجدد ملكه بالبيع واقرضنا بالتجدد عن شريكين اشتريا
 شفعة (متن)

العامل نصيبه والا فله الاجرة انتهى وايضاح المسئلة وبيان معنى العبارة (ان يقال) اذا اشترى العامل بمال
 المضاربة شقفا لصاحب المال فيه شركة ملك صاحب المال الشقص بالثراء لا بالشفعة لانه اشتراه بعين ماله
 فيقع الثراء له ولا يعقل ان يستحق الانسان ان يملك ملكه بسبب آخر وهذا لا ينافي الجناية الموجبة للتقصص
 هذا اذا لم يكن هناك ربح او كان وقتا ان العامل انما يملك نصيبه منه بالانضاض لا بالظهور ولو قلنا انه
 يملك بالظهور فمقتضى قواعد المضاربة انه يصير شريكا في الشقص لصاحب المال سواء فسخ المضاربة ام لا
 ومقتضى قواعد الشفعة ان ليس له في نصيب العامل شفعة لان العامل لم يملك هذا النصيب بالثراء واما
 ملكه بظهور الربح سواء قارن الثراء ام تأخر وليس لصاحب المال قطع سلطان العامل عن الحصة التي
 ملكها بظهور الربح بان ينسخ المضاربة ويرده الى الاجرة الى ذلك اشار الشيد في الدروس وحواشيه
 على الكتاب وهو المفهوم من مفهوم عبارة الثرائع لكن قضية كلام الكتاب والتحرير ان لصاحب المال
 ذلك (وروجه) له في جامع المقاصد بان العامل وان استحق الحصة من الربح بالظهور الا ان استحقاق
 الاختصاص بالعين بسبب الشركة سلط المالك على قطع استحقاقه من العين فان الشركة ان لم تكن موجبة
 لاستحقاقه التملك لكونه حقه فلتكن رافعة لتملك العامل بعض العين ومتى فات حقه من الربح استحق
 اجرة المثل (وقد اخذه مما حكاه في النذكرة عن بعض الشافعية من ان للمالك ان يأخذ بمحكم فسخ المضاربة
 لانه لما امتنع استحقاقه الشفعة فلا اقل من ان يستحق قطع سلطنة العامل عن الشقص لانه ممكن فلا يلزم
 من انتفاء الشفعة لامتناعها انتفاء هذا كما نقول فيا اذا جنى المرتين على عبد المولى فانه يكرن الدولى فكاه
 من الرهن بسبب الجناية وحينئذ فيكرن على صاحب المال اجرة المثل عن عمله لكونه محترما سواء طهر
 ربح ام لا (ويروى) عليه ان الفسخ لا يسقط حق العامل من الربح الذي قد استحقه قبل الفسخ اغا يؤثر بالنسبة
 الى المستقبل والجناية الموجبة للتقصص ليست مالا (ويشهد) لما في الكتاب ان ما ذكرناه وذكره الشهيد
 ثابت في جميع اقسام المضاربة فلا خصوصية لكون الشقص مشنوعا في ثبوت الفسخ (ويجاب) بانه انما ارضاه
 في الشقص المشنوع لدفع توهم انه له اخذه بالشفعة وان الاستعانة ممنوعة لمكان ثبوت مثله في الجناية
 بقول المصنف لان العامل لا يملكه بالبيع تمليل قوله يملك صاحب مال القراض بالثراء لا بالشفعة على
 تقدير الربح ومعناه ان استحقاق العامل متأخر عن القدر فلا يمكن اخذه بالشفعة وفيه تنبيه على استحقاق
 صاحب المال العين واختصاصه بها دون العامل وان ظهر ربح لان حق المالك وهو الاختصاص بسبب
 الشركة فلا يزيله الحق الطاري بل للمالك فسخ استحقاقه ويقتل الى اجرة المثل كذا في جامع المقاصد
 ولا ترجيح في التذكرة واما حكى عن العامة ثلاثة اقوال (احدها) ماسمته (والثاني) انه يثبت له حكما
 يثبت له على عبده الموهون حق الجناية (والثالث) عدم الثبوت (وبقي) هنا شيء يرد على ظاهر العبارة وما كان
 نحوها وهو انه اذا لم يظهر الربح او ظهر فان المضاربة تبقى على حالها ان لم ينسخ صاحب المال ولا اجرة للعامل
 بل له ما شرط له من الربح ولا يلزم من ملك صاحب المال له النسخ لان جميع مال القراض مملوك لصاحب
 المال وان لم يكن في شركته فالعبارات محمولة على ما اذا فسخ القراض ولعل الترك لمكان شدة الظهور
 (قوله) * * * واما المأخوذ منه فهو كل من تجدد ملكه بالبيع واقرضنا بالتجدد عن شريكين اشتريا
 شفعة * * * اذ ليس لاحدهما على الآخر شفعة لعدم الاولوية وعدم امكان الشركة (وفي) جامع المقاصد
 ان في كون هذا احتراز عن الشريكين شفعة مناقشه لان كلاً منهما يصدق عليه الغناط المذكور وهو
 ينفذ تجدد ملكه بالبيع ولو قال هو كل من تجدد ملكه بالبيع لشقص من بقر مشترك لكان اولى فتأمل
 لانه كذا لا يعمد في الاحتراز و مراد المصنف تجدد ملكه على ملك شريكه فتدفع للائحة (قوله)

ولو باع المكاتب شقفا بمال الكتابة ثم فسخ السيد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة ولو اشترى الولي للطفل شقفا في شره جاز ان ياخذ بالشفعة ولو حابى في مرض الموت فان خرج من الثلث اخذه الشفيع بالمسمى والا ما يخرج منه بالنسبة وان كان الوارث الشفيع (متن)

==*== ولو باع المكاتب شقفا بمال الكتابة ثم فسخ السيد الكتابة للعجز لم تبطل الشفعة *== كما هو خيرة التحرير وجامع المقاصد قال في التحرير لو باع المكاتب المشروط شقفا على مولاه بتجومه ثم عجز فالاقرب ثبوت الشفعة مع احتمال بطلانها لخروجه عن كونه مبيعا انتهى (ووجه بقاء الشفعة ان التصرفات السابقة منه كانت صحيحة معتبرة وقد انقطعت سلطنة السيد عنه حينئذ (ووجه) غير الاقرب ان الكتابة بطلت بنفسها فبطل العوض الذي هو ثمن المبيع فبطل البيع فكيف تثبت الشفعة (وفيه) ان الكتابة انما تبطل من حين الفسخ لا قبله فلا يبطل البيع السابق (وعن) الشهيد في حواشيه انه احتمل ان تكون الباء في العبارة السببية بان يكون بيع المكاتب بسبب مال الكتابة لشخص آخر فتثبت الشفعة بهذا البيع للسيد ان كان هو الشريك او غيره على المشتري ان كان هو السيد او غيره ووجه اولي لان البيع بمال الكتابة لا يتم الا اذا اريد به البيع لبعده قال في جامع المقاصد وفيه انه يمكن البيع بجميع نجوم الكتابة بعد الحلول انتهى وفيه نفل واضح (قوله) *== ولو اشترى الولي الطفل شقفا في شره جاز ان ياخذ بالشفعة *== هذا تقدم الكلام فيه حيث قال وان كان هو المشتري لها والبايع عنهما على اشكال وعن الشهيد انه نزل التكرار على احد امرين تخصيص الاشكال السابق بالبيع والرجوع عن الاشكال الى الجزم قال في جامع المقاصد انه تكلف بين (قوله) *== ولو حابى في مرض الموت فان خرج من الثلث اخذه الشفيع بالمسمى *== اي لو باع المريض بيعا فيه مخافة اي عطية كان باع بدون ثمن المثل فان خرجت المحاباة من الثلث بناء على ان تبرعات المريض انما تكون من الثلث فالبيع صحيح وياخذ الشفيع بالمسمى كما هو ظاهر (قوله) *== والا ما يخرج منه بالنسبة *== اي وان لم تخرج المحاباة من الثلث اخذ ما يخرج من المبيع بنسبته من الثمن لا بكل الثمن لانه لا يبطل من المبيع شيء الا ويبطل من الثمن ما يقابله كما هو خيرة الف في اكثر كتبه والمحقق الثاني والشهيد الثاني لان فسخ البيع في بعض المبيع يقتضي فسخه في قدره من الثمن اوجب مقابلة اجزاء المبيع باجزاء الثمن فكما انه لا يجوز فسخ البيع في جميع المبيع مع بقاء بعض الثمن قطعاً فكذا لا يجوز فسخ بعض المبيع مع بقاء جميع الثمن واذا امتنع ذلك وجب التسخ فيهما لان المانع في الموضعين هو بقاء احد المتقابلين بدون المقابل الاخر كما لو اشترى سلعتين فبطل البيع في احدهما اخذ المشتري الاخرى بقسطها من الثمن فاذا باع دارا هي مجموع تركته قيمتها مائتان بمائة صح البيع في ثلثي الدار بثلثي المائة كما ياتي بيانه (ويلزم) الشيخ والاكثر ان الشفيع ياخذ ما يخرج من المبيع بكل الثمن لانهم ذهبوا الى انه يصح البيع في الفرض والمثل في النصف في مقابلة المائة وفي الثلث بالمحاباة ويبطل في السدس الباقي فيرجع الى الورثة ووافقهم عليه المصنف في التلخيص على ما حكى ونسبه في عدة مواضع من وصايا الكتاب والتذكرة وولده في وصايا الايضاح الى علمائنا لان المشتري قد كان ملك الجميع بالثمن ملكاً مزلزلاً يستقر بالبره فلما فرض موته رد الى الورثة من التركة السدس عملاً باصالة لزوم البيع من الجانبين خرج منه ما زاد عن الثلث مما لاعوض عنه فيبقى الباقي ولان العقد قد اشتمل على بيع وعطية ومحل العطية هو الزائد عن مقابل ثمن المبيع لان معنى العطية هنا ازالة المريض ملكه تبرعاً من غير لزوم وهو لا يتحقق الا في الزائد فيكون محل البيع هو الباقي فكأن العقد واقع بكل الثمن على الباقي (واجاب) الشهيد عما استند اليه المصنف بان المتنازع فيه قد اشتمل على بيع وهبة ولهذا يسمى بيعاً مشتملاً على المحاباة فحينئذ لا مساواة بينه وبين ما مثل به لان ذلك بيع محض ولا محذور لو بقي الموهوب بغير عوض يقابله وفي الدليل والجواب نظر (اما الاول) فلان البطلان في قدر

ولولي البائع عن احد الشريكين الاخذ للآخر وكذا الوكيل لهما مع مراعاة المصلحة ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الاخذ بالشفعة الا بعد ان يولد حيا (متن)

الزائد يلزمه بمقتضى المعاوضة البطلان في مقابلة من الثمن كما تقدم ومنه لا يبقى الاصل مستسكا في الزوم بالنسبة الى مجموع الثمن (واما الثاني) فانا نمنع اشتغال العقد المذكور على بيع وهبة بالاستقلال وانما هو بيع يلزمه ما هو بحكم الهبة وليس الهبة فيه ذكر ولا يلزم من لزوم ما هو كالهبة ان يتخلف عن البيع مقتضاه وهو مقابلة الجميع بالجميع وقد حكموا بمثل ذلك فيما اذا كان العوضان ربويين كما اذا كان جميع تركته كرا من طعام قيمته ستة دنانير فباعه بكر ردي قيمته ثلاثة فالحاباة هنا ايضا بنص تركته ولا يمكن هنا الحكم بصحة البيع فيما قابل الثمن خاصة من المبيع وفي مقدار الثلث بعد ذلك والبطلان في الزائد وهو السدس كما قاله الشيخ والجماعة هنا الزوم الربا لانه يكون قد صح البيع في خمسة اسداس كر بكر فلا بد من مراعاة المطابقة بين العوضين في المقدار مع ابطال قدر العوض والثلث الى المشتري فقالوا انه يرد على الورثة ثلث كرهه وقيمه ديناران ويردون عليه ثلث كرهه وقيمه دينار فيصح البيع في ثلثي كل واحد منهما بثلثي الآخر وبيان ما صح فيه البيع في مسئلة الدار على مختار المصنف طريقتان (احدهما) ان يسقط الثمن من قيمة المبيع وتنسب الثلث الى الباقي فيصح البيع بقدر تلك النسبة في الثلث تسقط الثمن وهو المائة من قيمة المبيع وهو المائتان فانه يبقى مائة وينسب ثلث التركة وهو ستة وستون وثلثان الى الباقي بعد الاسقاط وهو المائة فيكون ثلثيه فيصح البيع في ثلثيه بثلثي الثمن (والثاني) ان تقول صح البيع في شي من العبد بشي من الثمن هو نصف ما صح من العبد فهو نصف شي فالحاباة بنصف شي فيجب ان يكون للورثة شي وهو ضعفها وقد حصل لهم من الثمن نصف شي فقيمة لهم نصف شي يجب ان يرجع اليهم من العبد فيبطل فيه البيع ويبطل في مقابله من الثمن وهو ربع شي فيجب ان يقسط المبيع على شي ونصف فيكون العبد في تقدير شي ونصف فالشي ثلثاه وهما المستوي وهو ما زاد على قدر الثمن مما صح فيه البيع والنصف للورثة ويكون الثمن في تقدير ثلاثة ارباع شي نصف شي مع الورثة وربع مع المشتري وتام الكلام في باب الوصايا (قوله) * * * ولولي البائع عن احد الشريكين الاخذ للآخر * * * هذا يعالج حكمه مما تقدم ولا يرد الاشكال بالرضا كما عرفت ولا بعد في الفرض لان احدهما قد يحتاج الى البيع والاخر الى الاخذ (قوله) * * * وكذا الوكيل لهما مع مراعاة المصلحة * * * المراد بالوكيل من كان له نيابة الاخذ لعموم التوكيل فيأخذ مع المصلحة وله ان يعفو اما لو كان وكيل في الاخذ بالشفعة اخذ وان لم يكن مصلحة والوكيل في البيع خاصة ينزل بفعله وليس له الاخذ بالشفعة ولو وكل الشريك شريكه في البيع فباع فله الاخذ بالشفعة وكذا لو وكل انسان احد الشريكين يشتري الشقص من الاخر فاشتراه فله الاخذ بالشفعة ولا يرد الاشكال بالرضا ولا بالهبة كما تقدم وقول ابي حنيفة فاسد من ان المبيع ينتقل اولا الى الوكيل ثم عنه الى الموكل فلو اخذ بالشفعة استحقها على نفسه (قوله) * * * ولو بيع شقص في شركة حمل لم يكن لوليه الاخذ بالشفعة * * * وهو محل كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد لعدم تيقن حياته ولاظهار عدم الاستناد الى الاستصحاب بخلاف الغائب والحمل لا يملك بالابتداء الا الارث والوصية وقضية كلامهم انه لا يفرق فيه بين من مضى له اربعة اشهر او خمسة ومن لم يمض له ذلك فالمراد به ما لم يولد حيا كما اذا كانت بينهما دار فمات احدهما عن حمل فباع الاخر نصيبه (قوله) * * * الا بعد ان يولد حيا * * * يريد انه لو انفصل حيا كان لوليه الاخذ بالشفعة او له بعد كاله كما هو خيرة التذكرة لتناول دلائل الشفعة له وفي جامع المقاصد ان فيه قوة وتردد في الدروس واقتصر في التحرير على ذكره احتمالا فهو متردد ايضا ونحو احتماله لعدم لانه لا يملك بالابتداء سوى الامرين المتقدمين فلا يمكن اشاء

ولو عني ولي الطفل مع غبطة الاخذ كان للولي ايضا المطالبة على اشكال ينشأ من ادائه الى اترaxي بخلاف الصبي عند بلوغه لتجدد الحق له حينئذ ولو ترك لاعسار الصبي لم يكن له الاخذ بعد يداره ولا للصبي والمنعم عليه كالنائب والمفاس الاخذ بالشفعة وليس للفرما الاخذ بها ولا اجباره عليه ولا منعه منه وان لم يكن له فيها حظ نعم لهم منعه من دفع المال ثمنا فيها فان رضي الفرما بالدفع او المشتري بالصبر تعاق حق الفرما بالمشروع والا كان للمشتري الانتزاع والعبء المأذون في التجارة الاخذ بالشفعة ولا يصح عنوه (متن)

ملك له وبشكل بان له لم يكن له صلاحية الملك لم يرث (قوله) * = ولو عني ولي الطفل مع غبطة الاخذ كان للولي ايضا المطالبة على اشكال ينشأ من ادائه الى اترaxي بخلاف الصبي عند بلوغه لتجدد الحق له. * = قد تقدم الكلام في ذلك مستوفى مسبقا عند قوله فلو ترك فلها بعد الكمال المطالبة (قوله) * = ولو ترك لاعسار الصبي لم يكن له الاخذ ابعد يساره ولا للصبي * = هدايا قد تقدم الكلام فيه في ذلك المقام (قوله) * = فوالمنعم عليه كالنائب * = كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد تنتظر افاته كما في التحرير وان تطاول الاعمال ولا ولاية لاحد عليه فلا يتصور الاخذ عنه كما في الدروس وجامع المقاصد وان اخذ احد له لعي وان افاق واجاز ملك من حين الاجازة لاقبلها فانها للمشتري قبلها كما في الدروس ولعله لانه لا يميز له في الحال فيكون كالصبي الذي لا ولي له حيث يبيع او يشتري له الاجنبي فضولا في احد القولين لكنه خلاف مختاره في البيع لانه لا يشترط فيه هذا الشرط وانه ممن يقول ان الاجازة كاشفة فيكون نظره الى ان الاخذ لا يصح الا للشريك او وكيله الخاص او العام والاخذ هنا ليس احدها فيجري ذلك في الصبي والمجنون والغائب فيصير الحاصل انه لا فصولي في الشفعة ولعله لانها على خلاف الاصل فيقتصر فيها على محل الرفاق والذي يقتضيه النظر بعد ثبوتها ثبوته (قوله) * = وللغسل الاخذ بالشفعة * = كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والروضة بل لم يلح فيه من العامة خلاف لان الفرما قد يرضون بدفع الثمن كما ان المشتري قد يرضى بشركه في ذمته فلم يكن من لوازمه التصرف فيما تعلق حقهم به فينتفي المانع من الاخذ فيعمل بالعموم الشامل لذلك (قوله) * = وليس للفرما الاخذ بها ولا اجباره عليه ولا منعه منه وان لم يكن له فيها حظ * = كما في التحرير وجامع المقاصد وكذا الروضة في الحكم الثاني (اما الاول) فلانه لا ملك لهم ولا ملك له قبل الاخذ ليثبت لهم استحقاقه (واما الثاني) فلانه لا يجب عليه الاكتساب لهم (واما الثالث) فلان ذلك حق له وليس من لوازمه التصرف في الاموال التي تعلق حقوقهم بها ولا تعلق لهم بذلك وان لم يكن له في الاخذ حظ وعطية (قوله) * = نعم لهم منعه من دفع المال ثمنا فيها * = كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والروضة لانهم قد تعلقت حقوقهم بامواله السابقة والمتجددة ولو بهبة واكتساب (قوله) * = فان رضي الفرما بالدفع او المشتري بالصبر تعلق حق الفرما * = كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد ومنه انه اذا اخذ فان رضي الفرما بدفع الثمن او رضي المشتري بالصبر فقد استقر ملكه وتعلق حق الفرما به (قوله) * = والا كان للمشتري الانتزاع * = اي وان انتهت رضا الفرما ورضا المشتري كان للمشتري الانتزاع للضرر باخذ الملك منه قهرا من غير دفع ثمن (قوله) * = والعبء المأذون في التجارة الاخذ بالشفعة * = كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد لانه من جملة اقسام التجارة والسيد اسقاطا حينئذ كما في التحرير (قوله) * = ولا يصح عنوه * = كما في الاولين والاخير قال في التذكرة بخلاف الوكيل العام فانه اذا عني مع الغبطة يصح عنوه والنزق كما في جامع المقاصد ان الادن للعبء استخدام له وهو اضعف من التوكيل ولهذا ينزول بالاباق فليتامل جيدا لان الاقوى

ولو بيع شقص في شركة مال المضاربة فللمامل الاخذ بها مع عدم الريح ومطلقا ان اثبتاها مع الكثرة فان تركها فللمالك الاخذ وقيل تثبت مع الكثرة فقبل على عدد الرؤس وقيل على قدر السهام ففروع على القول بالثبوت مع الكثرة (الاول) لو كان لاحد الثلثة النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس فباع احدهم فانظر مخرج السهام فخذ منها سهام الشفعا. فاذا علمت العدة قسمت المشنوع عليها ويصير العقار بين الشفعا على تلك العدة (متن)

صحة عنوه (قوله) - ولو لبيع شقص في شركة مال المضاربة فللمامل الاخذ بها مع عدم الريح - كما في التذكرة وجامع المفاصد وكذا التحريز لكنه لم يقيده بعدم الريح من قيد القبطه ولا من قيد التقييد بهما لانه نذب عن المالك في التصرف بكل ما يشتمل على المال، فكان المتضمن وجود المانع من تنافس حينئذ لعدم تكرار الشركة. (قوله) - عنوه مطلقا ان اثبتاها مع الكثرة - اراد بالاطلاق الاخذ مع الريح وعنه على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة ولما على القول باشتراط وحدة الشريك فليس له ذلك مع الريح لانه لا يكون شركا للمالك في الشقص فيتمدد اشراكه. (قوله) - فان تركها فللمالك الاخذ - كما في التذكرة والتحريز وجامع المفاصد لانه لا يقطع حقه بذلك العامل ولو كان ذلك مع المناجعة على الاشبه كان قد عني عنها كما هو قضية خلاق الاولين وقد احتمله في الثالث ان كان يكون صريح الثاني حيث اتى بلفظ عني وان لم يقيده بالخطة لان اطلاق عقد الفرائض لا يقتضي عموم التصرفات الا ان ينص له على ما يشمل ذلك فلم يكن كالأوكيل ولا يحظر للزرق دين احد المزارب وتركه (قوله) - وقيل تثبت مع الكثرة - قد تقدم الكلام فيه مسبقا وقد استظهر الى ذكر الخلاف في ثبوت الشفعة مع الكثرة وكنهه غيره بسب (قوله) - وقيل على عدد الرؤس - القائل به الصدوق في التقييد به روى فيه رواية طلحة بن زيد التي فيها ان عليا امير المؤمنين (ع) قال ان الشفعة على قدر الرجال ورواية السكري (ع) طرفة دنا (واحتجوا) له بان سبب الاستحقاق المشتركة في الجملة ولو باقل جز. فيستوي فيه القليل والكثير وحاصله ان الشركة في العس الفليل سبب في استحقاق الكنية والاصل عدم التفاضل ولا يخرج عنه لان كل واحد منهم لو انزود كان له اخذ الكل وان تالزمه فافاد اجتماع الشتر كوا (وقدين قض) ما انفارس والراحل في الغنمية واحجاب الديون فان انزود منهم استحق الكل في الغنمية والدين واذا اجتمعوا افاضوا (وفيه) ان الزوس كافرس فلا تفاضل في الحقيقة والدين كالسبب الجاهل لارباب الديون فكوا فيه على قدر رؤس اموالهم (قوله) - وقيل على قدر السهام - قاله ابو علي وقال انه يجوز قسمته على عدد الرؤس حكى ذات عنه في المختلف والدروس فيكون مختار التغيير (واحتج) له في المختلف وغيره على الاول بان المتضمن للشفعة الشركة والمول يتزايد بتزايد ملكه (واجابوا) ادانه يتنصص بها اذا كانت قابلة الشدة والضعف فتأهل فقول الصدوق ان كل كما قاله ابو العباس ووجه كما قاله الكشي (قوله) - ففروع على القول بالثبوت مع الكثرة - قد حوت عايتها ان ينزحوا على القول بالثبوتها مع الكثرة وان لم يقولوا به وهي كثيرة لاتتناهى وقد فرع في المبسوط وغيره جملة من النزوح وذكر المصنف هنا ثمانية والمحقق عشرة والشهيد اثني عشر والغرض تشجيع الدهن بالنزوح الدقيقة مع انه قد ينفع بنا على القول باشتراط الوحدة على تقدير موت الذئيع قبل الاخذ وتوريثها (قوله) - الاول (او ثان) لاحد الثلثة النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس فباع احدهم فانظر مخرج السهام فخذ منها سهام الشفعا. فاذا علمت العدة قسمت المشنوع عليها ويصير العقار بين الشفعا على تلك العدة - لم يذكر هذا النزوح في غير الكتاب والتذكرة ويعلم منه ومن ضابطه استخراج حق كل واحد من الشفعا على رأي ابي علي في كل فرض تفرضه ويكون ممكنا فلا يصح ان ينزح لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث الربع (وتحقق) هذا الضابط ان تنظر الى مخرج سهام جميع الشركاء فتأخذ منها سهام الشفعا فاذا علمت

فلو كان البائع صاحب النصف فسهم الشفعا ثلاثة اثنان لصاحب الثلث وللآخر سهم فالشفعة على ثلاثة ويصير العقار كذلك ولو كان صاحب الثلث فالشفعة اربعا لصاحب النصف ثلثة ارباعه وللآخر رבעه ولو كان صاحب السدس فهي بين الآخرين اخماسا لصاحب النصف ثلثة وللآخر سهمان وعلى الآخر يقسم المشفوع نصين (الثاني) لو ورث اخوان او اشترى اذ دفعت احدى احدى عن ابنين فباع احدهما نصيبه فالشفعة بين اخيه وعمه (الثالث) لو باع احد الثلثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري وقيل بالشركة (متن)

عدة سهامهم اي الشفعا قسمت المشفوع عليها ويصير بعد ذلك العقار كله بين الشفعا على عدة سهامهم فسهم الشركاء في المثال المذكور ستة وذلك لانها مخرج السدس واما مخرج الثلث ومخرج النصف فداخلان ولو كان لاحدهم النصف وللثاني الربع وللثالث الربع ايضا فباع الثاني او الثالث كانت سهام الشركاء اثني عشر لانكسارها في مخرج الثلث فتخرب ثلثة في اربعة فلصاحب النصف ثلثا المبيع اثنان واصحاب الربع ثلثة واحد فيصير لصاحب النصف ثمانية واصحاب الربع اربعة (قوله) =* فلو كان البائع صاحب النصف فسهم الشفعا ثلاثة اثنان لصاحب الثلث وللآخر سهم فالشفعة على ثلاثة ويصير العقار كذلك ولو كان صاحب الثلث فالشفعة اربعا لصاحب النصف ثلاثة ارباعه وللآخر رבעه ولو كان صاحب السدس فهي بين الآخرين اخماسا لصاحب النصف ثلثة وللآخر سهمان =* الوجه في الجميع ظاهر لانه في الاول اذا باع صاحب النصف كانت سهام الشفعا ثلثة لان صاحب الثلث له سهمان من ستة هي الثلث ولصاحب السدس سهم فاذا اخذ النصف بالشفعة صار العقار بينهما كذلك اي اثلاثا واذا باع صاحب الثلث كما في الفرض الثاني كانت سهام الشفعا اربعة النصف وهو ثلثة من ستة والسدس فتكون الشفعة اربعا ولا نصف لكل سهم من سهمي الثلث فتخرب اثنين في ستة يبلغ اثني عشر لصاحب النصف ثلثة ارباع الثلث وللآخر الربع فيكون العقار بينهم اربعا واذا باع صاحب السدس كانت الشفعة بينهما اخماسا لصاحب النصف ثلاثة وللآخر سهمان لان سهامهما خمسة ولا خمس للواحد فتخرب خمسة في ستة فيبلغ ثلاثين وسدس خمسة تقسم بينهما اخماسا فيكون العقارين سهم اخماسا (قوله) =* وعلى الآخر يقسم المشفوع نصين =* اي على القول وهو قول الصدوق بان القسمة على عدد الرؤس (قوله) =* لو ورث اخوان او اشترى اذ دفعت احدى احدى عن ابنين فباع احدهما نصيبه فالشفعة بين اخيه وعمه =* قد ذكر هذا الفرع وحكمه المذكور هنا في المبسوط والشرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك (وقد) نهوا بذلك على خلاف الشافعي في القديم ومالك حيث ذهب الى اختصاص الاخ بالشفعة استنادا الى ان ملكه اقرب الى ملك الاخ لانها ملكا بسبب واحد وانه اذا ظهر على ابيهما دين بيع ملكهما لا ملك العم واذا كان اقرب ملكا كان احق بالشفعة كالشريك مع الجار (وردوه) بان النظر الى ملك الشريك لا الى سببه لان الضرر المخرج الى اثبات الشفعة لا يختلف وقال في الشرائع وكذا لو كان وارث الميت جماعة ومعناه انه لا فرق بين الاثنين والجماعة ولعله من بيان الواضحات والذي دعاه الى ذلك لانه قال لو كانت الدارين اخوين فأت احدهما ورثه اثنان فباع احد الوارثين الخ او انه اراد ان ينبه على ما ذكره الشافعي من ان هذا الحكم لا يقتض بالعم بل في كل صورة ملك شريك كان عقارا بسبب واحد وغيرهما من الشركاء بسبب آخر فتدبر (وعلى) كل حال فقوله في المسالك في تفسير هذه العبارة وكذا الحكم لو ورث الميت جماعة اذ لا فرق على التقديرين بين الواحد والجماعة غير جيد (قوله) =* لو باع احد الثلثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري =* كما هو خيرة الخلاف في موضع منه والدروس لان الشفعة للانسان على نفسه غير معقولة لامتناع ان يستحق الانسان ثلث ملكه بها (قوله) =* وقيل بالشركة =*

وحينئذ لو قال المشتري قد اسقطت شفعتي فخذ الكل او اترك لم يلزم لاستقرار ملكه على قدر حقه فكان كما لو اخذ بالشفعة ثم عفى احدهما عن حقه ولو عفى احد الشركاء كان للباقي اخذ الجميع او الترك سواء كان واحدا او اكثر (متن)

كما هو غير الخلاف في موضع خر والمبسوط وفي الشرائع لعله اقرب وفي المختلف انه وجه وفي جامع المقاصد انه اصح وفي المسالك فيه قوة وهو الظاهر من التذكرة واستقر كلام التحرير على التردد ونسبه ابي التردد في الدروس الى الخلاف والموجود فيه اولا الجزء بالاول ثم انه بعد سماع مسائل قال ان الثاني اقوى واستدل عليه بانها تساوي في الشركة الموجودة حين الشراء فوجب ان لا ينفرد احدهم بالشفعة لانه لا دليل على ذلك وحاصله ما فصله في جامع المقاصد من انها مشتركان في العلة الموجبة له ولا يمتنع ان يستحق ذلك الشفيعين البيوع والشفعة لان على الشرع واسر به لكانت معرويات لم يمتنع اجتماع علتين على معلول واحد وان للشفعة اثر اخر وهو منع الشريك الاخر فملك مقارعة من نوعه بالشفعة ولا مانع منه (قلت) المدار على الاخير وبه فسر الاستحقاق في التحرير والدروس (قوله) في بيان ذلك انه يمنع الغير من اخذ نصيبه لانهم من نصبه وليس فيه الا مائة لانه استحقاق الملك ومنع الشريك من ملكه معلول علة واحدة وهو استحقاق الشفعة فيمتنع تحلب احدهم عن الاخر وقد لا يمتنع الاول من جهة استرامه المحال فينبغي ان يمتنع الاخر وفيه انه له كثير في الشرع كما في الفرض والافطار فانهما معلولان لمقطع المسافة وقصدها وقد تخلف احدهما عن الاخر في عدة واضع الى غير ذلك بل قد يمتنع حكم احد المملولين حكم الآخر وحكمه على كسز الرقبة عدوانا منه على القتل الذي هو حرام وارتفاع ظلم هذا المقتول من العبد الذي هو حلال وانه يرتب على شرب الخمر ونحوه (واما قوله) لا يمتنع لمن يستحق الخ فقير جيد لان سبب الاستحقاق بالشفعة مترتب على سببه بالشراء فليس مملولين لعلة واحدة حتى يقال ان على الشرع لا يمتنع اجتماعها لانه ملكه بالشراء اولا وبعد الشراء استحقته بالشفعة ثم انه على تناهي اجزاء العلتين بالشراء فاثرتهم مختلف لا بالشراء لانه في نقل الملك واثرا لاستحقاق بالشفعة قراره فاحدهما غير الاخر وجودا واثرا ويمنع على القوم ان الثالث على الاول باختيار بين ان يترك جميع البيوع او ياخذ الجميع وعلى الثاني هو باختيار بين ان ياخذ نصف البيوع او يترك (قوله) « وحينئذ لو قال المشتري قد اسقطت شفعتي فخذ الكل او اترك لم يلزم لاستقرار ملكه على قدر حقه فكان كما لو اخذ بالشفعة ثم عفى احدهما عن حقه » كما دبرج بذلك كله في التحرير والمسالك ومعه انه اذا قلنا ان الشركة وقال المشتري لثالث قد تركت انا حقي فخذ الكل او اترك الكل لم يلزمه الاجابة ولم يصح اسقاط المشي بالشفعة لان ملكه مستقر على النصف بالشراء فاشبه ما اذا كان للشخص شفيعان حاضر وسائب فخذ الحاضر الجميع ثم عد الغائب وان له ان يحدد نصفه وليس للحاضر ان يقول له ان تركت حقي فخذ الكل او اترك الكل ولا يملك الى تمييز ادمية له لزم من دخوله في هذا المقدم (قوله) « - ولو عفى احد الشركاء كان الباقي - » للجميع او التمسك سواء كان واحدا او اكثر « - كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك وفي الاخير انه المشهور وان كثيرا منهم لم يذكر غيره (قلت) لم نجد من الكثر غير المحقق لان الشفعة لازالة الضرر وبخذا لبعضيتا كذا في الشرائع وحاصله ان تبيين الصفقة يوجب الذم على المشتري في الشفيعين والشفعة ان شئت لازالة الضرر فلا يكون سببا فيه وعن ابي علي ان الباقي واحد كان او اكثر الاقتصار على اخذ حقه لان القوم من الشريك يقتضي استقرار النقص المفقود على ملك المشتري كما لو غوا جميعا وليس للمشتري ان يلزمه الاخر اخذ الجميع بل ليس له اي الاخر الا ان يخذ قطعه وقد اختاره في التذكرة عند الكلام على ان الشفعة موروثه وعن (ابن شريح) انه يسقط حق الجميع واحتمل جماعة انه لا يصح عفو لان الشفعة لا تنبعض فيطلب جانب الثبوت ورواه في الدروس

ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء او غيره لم يصح ولو باع شقصة من ثلثة دفعة فلشريكه ان يأخذ من الثلاثة ومن اثنين ومن واحد لانه بمنزلة عقود متعددة فاذا اخذ من واحد لم يكن للآخرين مشاركته لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة ولو رتب فللشفيع الاخذ من الجميع ومن البعض فان اخذ من السابق لم يكن لللاحق المشاركة وان اخذ من اللاحق شاركه السابق ويحتمل عدم المشاركة لان ملكه حال شراء الثاني يستحق اخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها (متن)

المد هذا اذا ثبتت الشفعة لتعدد ابتداء اما لو ثبتت لواحد فأت عن اثنين فعنى احدهما دون اخيه فهل يسقط حق اخيه ايضا وجها واحدهما يسقط لانهما يقومان مقام ابيهما والاب لو عني عن البعض سقطت كلها والثاني وهو الذي صححه في المبسوط انه له ان يأخذ الكل كما لو وجبت هما بالبيع واما المورث فانه اذا عني عن نصف حقه سقط كله وليس هنا كذلك لان احد الاخوين عني عن كل حقه فلماذا لم يسقط حق اخيه ويأتي تمام الكلام في ذلك عند قوله الشفعة موروثه (قوله) = * ولو وهب بعض الشركاء نصيبه من الشفعة لبعض الشركاء او غيره لم يصح * = كما في التحرير وجامع المقاصد لانه لا يملك شيئا وانا ملك ان يملك (قوله) = * ولو باع شقصة من ثلثة دفعة فلشريكه ان يأخذ من الثلاثة ومن اثنين ومن واحد لانه بمنزلة عقود متعددة * = كما صرح بذلك في المبسوط وغيره لان الشفعة تعدد بتعدد المشتري ومتى تعددت العقود كان بالخيار في الاخذ بالشفعة في الجميع والبعض (قوله) = * فاذا اخذ من واحد لم يكن للآخرين مشاركته لعدم سبق الملك على استحقاق الشفعة * = كما صرح به في المبسوط وغيره قال في المبسوط فان اخذ من واحد وعني عن الآخرين كان له ذلك فان قال الاخران قد عفوت عنا فصرنا لك شريكين فعليك ان تشاركنا في شفعة الثالث لم يلزمه ذلك لان الملك انتقل اليهم دفعة فلم يسبق ملك احدهم صاحبه (قوله) * ولو رتب فللشفيع الاخذ من الجميع ومن البعض فان اخذ من السابق لم يكن لللاحق المشاركة وان اخذ من اللاحق شاركه السابق * = كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمالك فلا وجه لاقتصاره في الدروس على نسبة الاخير اعني مشاركة السابق له ان اخذ من اللاحق الى الفاضل والمراد بالشفيع هنا شريك البائع ووجه استحقاقه الاخذ من الجميع ومن البعض تعدد الصفة وكونه شريكا عند كل بيع (واما انه ليس لللاحق مشاركته) ان اخذ من السابق بالشراء على غيره من الثلاثة فلانه لم يكن شريكا في وقت شراء الاول وذلك كما لو اخذ من الاول خاصة فان الثاني والثالث لا يشاركانه وكما لو اخذ من الاول والثاني فان الثالث لا يشاركه (واما مشاركة السابق له اذا اخذ من اللاحق وعني عن السابق) فلكونه شريكا في وقت شراء الثاني وقد صار ملكه مستقرا بالمعنى (قوله) = * ويحتمل عدم المشاركة لان ملكه حال شراء الثاني يستحق اخذه بالشفعة فلا يكون سببا في استحقاقها * = هذا الاحتمال من متفرعات الكتاب بمعنى انه لم يسبق به ومعناه انه يحتمل ان السابق لا يشارك الشفيع في الاخذ من اللاحق لان ملك السابق اعني المشتري الاول كان مستحقا للشفيع حال شراء الثاني اعني اللاحق فلا يكون سببا في استحقاقه الشفعة وهو ضعيف جدا واصله لذلك لم يذكره غيره لان استحقاق اخذه بالشفعة لا يرجع عن كونه شريكا والمدار في الباب على الشركة لاعلى استقرار الملك كما لو كان ملك الشريك مشتملا على خيار لغيره فانه لا يمنع من استحقاقه الشفعة على غيره قبل ان يفسخ ذو الخيار وقال في الايضاح هذا مبني على ان الشفعة هل تنبع للملك اللازم او مطلق الملك فعلى الثاني يشارك وعلى الاول فهل ترك الشفيع كاشف عن لزوم ملك المشتري المعنوي عنه او سبب اللزوم فعلى الاول يستحق لا الثاني (قوله) = *

ولو اخذ من الجميع لم يشاركه احد ويحتل مشاركة الاول الشفيع في شفعة الثاني ومشاركة الشفيع الاول والثاني في شفعة الثالث لانه كان ملكا صحيحا حال شراء الثالث ولهذا يستحق لو عني عنه فكذا اذا لم يعف لانه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو كما لو باع الشفيع قبل عامه فحينئذ للشفيع سدس الاول وثلاثة ارباع سدس الثاني وثلاثة اخماس الثالث وللأول ربع سدس الثاني وخمس الثالث وللثاني خمس الثالث فتصبح من مائة وعشرين للشفيع مائة وسبعة وللأول تسعة وللاثنى اربعة (متن)

ولو اخذ من الجميع لم يشاركه احد * - كذا هو في تحرير القضية كلاما باقيا سواء اخذ الجميع دفعة او على الترتيب حيث لا يراعى في انورية او لمعنته هالكن قبل ان يأخذ معه احدهم على القول بثبوتها للسابق استنادا بشرطه لخروجهم عن كونهم شركاء قبل اخذهم بالشفعة لانه قد زال ملكهم فتقول شفعتهم (قوله) * - ويحتل مشاركة الاول الشفيع في شفعة الثاني ومشاركة الشفيع الاول والثاني في شفعة الثالث لانه كان ملكا صحيحا حال شراء الثالث ولهذا يستحق لو عني عنه فكذا اذا لم يعف لانه استحق الشفعة بالملك لا بالعفو كما لو باع الشفيع قبل سنة * - وقد حصل ذلك في التحرير ومثله يبدى التظير وهذا متجه على القول بان زوال ملك الشفيع لا يطل حقه من الشفعة كما يقوله الشيخ ولم يوجب المصنف في الكتاب والتحرير احد القولين كما ينبغي فلا محل مبني على هذا القول ومن ثم مثله بما لو باع الشفيع حصته قبل علمه بالشفعة وحاصل هذا الاحتمال انه على تقدير الاخذ من الجميع يشارك الاول الشفيع في شفعة الثاني وبشاركه الاول والثاني في شفعة الثالث وان زال ملكها قبل اخذها لانه كان ملكا صحيحا للأول حال شراء الثاني ولها حال شراء الثالث فيستحق به وان زال ولهذا يستحق به لو عني عنه فكذا اذا لم يعف لانه حين العفو استحق الشفعة بالملك لا بالعفو وضعفه في جامع المقاصد بان الاستحقاق وان كان بالملك الا ان العفو عنه وعدم اخذ النقص من يده بالشفعة قرره واكد سببه وعدم العفو عنه والاخذ منه ازال سببه فلا يستويان انتهى ومرجعه الى ان بقاء الملك شرط في تمام السببية في الشفعة وهو احد القوامين في المسئلة وقد عرفت ان العادل بالاحتمال لم ينبه على هذا القول وانما بناء على القول الاخر ولدك مثله بما عرفت فينبغي في الجواب والتضعيف رد ما بني عليه لا الرد عليه بالقول الاخر الا ان يكون اراد بذلك التنبيه على ذلك اعني رد ما بني عليه ولذلك لم يتعرض للمثل لانه علم فساد من ذلك وما زاد في تضعيف هذا القول عند تعرض المصنف له على ما ذكره هنا في تضعيف هذا الاحتمال من انه اخذ بلا سبب (قوله) * - فحينئذ للشفيع سدس الاول وثلاثة ارباع سدس الثاني وثلاثة اخماس الثالث والاول ربع سدس الثاني وخمس الثالث وللثاني خمس الثالث فتصبح من مائة وعشرين للشفيع مائة وسبعة والاول تسعة والثاني اربعة * - اي حين اذ قلنا بشاركة الاول والثاني للشفيع وان اخذ منهم فللشفيع سدس الاول اي يأخذ سهمه الذي هو سدس الاصل الذي هو ثلث النصف من دون مشارك وثلاثة ارباع سدس الثاني لان الاول شريكه فيه ولما كان سهم الشفيع النصف وسهم الثاني السدس كانت سهمهما اربعة فاذا قسط على السهام كان قسط الشفيع ثلاثة ارباع ولشفيع ايضا ثلاثة اخماس سهم الثالث لان له فيه شريكين الاول والثاني ولكل منهما سدس فاذا جمعا الى ماله وهو النصف كانت السهام خمسة فيصية بالتوزيع ثلاثة اخماس وتفصيل المقام انه لو كان للشفيع نصف العقار ولشريكه الاخر نصفه فباع احدهما نصيبه من ثلاثة لكل واحد منهم سدسا وقلنا بان الشفعة تنقسم على حسب السهام فللشفيع تمام نصيب الاول وهو السدس وثلاثة ارباع نصيب الثاني والاول ربع نصيب الثاني لان للشفيع نصف الاصل وهو ثلاثة ارباع سدس والاول يشاركه في نصيب

وعلى الآخر للاول نصف سدس الثاني وثلاث الثالث وللثاني ثلث الثالث فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون وللاول خمسة وللثاني اثنان ولو باع احد الاربعة وعفى الآخر فلا آخرين اخذ المبيع ولو باع ثلاثة في عقود ثلاثة ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فلا رابع الشفعة في الجميع (متن)

الثاني وليس بيد الاول الاسدس فكانت سهامها اربعة للاول منها ثلاثة وللثاني واحد فاذا وزع نصيب الثاني على السهام كان قسط الشفيع ثلاثة ارباع وقسط الاول ربعا وكذا للشفيع ثلاثة اخماس من سهم الثاني لان الاول والثاني يشاركانه فيه ولكل واحد منهما سهم واحد وللشفيع ثلاثة اسهم فيقسم - هم الثالث اخماسا فيكون للشفيع ثلاثة اخماسه فقد علم الحاصل للشفيع من الاول والثاني والثالث واما الحاصل للاول فو ربع سهم الثاني وخمس سهم الثالث والحاصل للثاني خمس سهم الثالث فتصح المسئلة من مائة وعشرين لان اصل الفريضة ستة وزيد ان نقسم السدس ثلثة ارباعا وثلاثة اخماسا فانكسر في المخرجين المتباينين فنضرب احدهما في الآخر فالحاصل عشرون ثم نضرب العشرين في اصل الفريضة فالحاصل مائة وعشرون للشفيع نصفها ستون بالشركة وعشرون هي سدس الاول بتمامه وخمسة عشر هي ثلاثة ارباع سدس الثاني والاني عشر هي ثلاثة اخماس سدس الثالث وذلك مائة وسبعة والاول خمسة من سدس الثاني هي رابعة واربعة من سدس الثالث هي خمسة وللثاني اربعة من الثالث وذلك تمام الفريضة هذا وحيث نقول بشارطة الاول والثاني او احدهما للشفيع في فرض من الفروض هنا فعلى القول بثبوت الشفعة مع الكثرة وجه المشاركة واضح وان قلنا بعدم مشاركتها له كما لو اخذ من الجميع او من الاول خاصة او من الثاني فهل يصح الاخذ على القول باشتراط اتحاد الشريك اقول (احدها) انه يصح الاخذ وان قلنا باشتراط ذلك لان الشريك المستحق للشفعة واحد (الثاني) انه يختص ذلك بما اذا اخذ من الجميع (والثالث) انه لا يصح الاخذ مطلقا كما تقدم التنبيه على ذلك عند الكلام في اشتراط الشرط المذكور ويأتي باطرافه تعالى تمام الكلام في اواخر الفروع (قوله) * - * وعلى الآخر للاول نصف سدس الثاني وثلاث الثالث وللثاني ثلث الثالث فتصح من ستة وثلاثين للشفيع تسعة وعشرون وللاول خمسة وللثاني اثنان * - * يريد انه على القول بالآخر وهو ان الشفعة مع الكثرة على عدد الرووس يكون للشفيع تسعة وعشرون ثمانية عشر بالشركة والشفعة ستة هي سدس الاول جميعه وثلثه هي نصف سدس الثاني واثنان وهما ثلث سدس الثالث وللاول خمسة ثلاثة منها نصف سدس اثناني واثنان ثلث سدس الثالث وللثاني اثنان هما ثلث سدس الثالث فتصح المسئلة من ستة وثلاثين لان الاصل ستة وزيد ان نقسم السدس ثلثة في مخرج النصف واخرى في مخرج الثالث وهما متباينان فنضرب احدهما في الآخر فالمرتفع ستة ثم نضربها في اصل الفريضة وهي ستة فالمرتفع ستة وثلاثون وقسمتها على ما قد عرفت (قوله) * - * ولو باع احد الاربعة وعفى الآخر فلا آخرين اخذ المبيع * - * اي جميعه او تركه جميعه لانحصار الحق فيهما وراقتسر في الاخذ على حقيهما لم يكن لهما كما تقدم الكلام في ذلك كله مستوفى وانه اعاده يرتب عليه * - * بعده (قوله) * - * ولو باع ثلاثة في عقود ثلاثة ولم يعلم الرابع ولا بعضهم ببعض فلا رابع الشفعة في الجميع * - * لو كان الذمعا اربعة وباع ثلاثة منهم في عقود ثلثة بمعنى انهم لم يبيعوا دفعة ولم يعلم بعض الثلاثة ببيع بعضهم وكذلك الرابع لم يعلم ايضا بالحال او علم لكنه لم يمكنه الاخذ على الفور في الحال بعد الدار او * - * من الاعذار فحكم الرابع ان له الشفعة في الجميع ويأتي بيان الحال في احكام شركائه الثلاثة وظاهر العبارة ان عدم علم الرابع شرط وليس كذلك لانه لم يبيع نعم يشترط ان لا يكون له مسقط آخر من الفة الزودية ونحوها (واما الثلثة) فعدم علم بعضهم ببعض شرط في استحقاقهم الآتي لان من باع

وفي استحقاق الثاني والثالث فيما باعه الاول واستحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان وفي استحقاق المشتري الربع الاول فيما باعه الثاني والثالث واستحقاق الثاني شفعة الثالث ثلاثة اوجه الاستحقاق لانها مال كان حال البيع وعدمه لتزلزل الملك وثبوته للمعروف عنه فان اوجبه للجميع فللذي لم يبيع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فيكمل له النصف وللبناع الثالث والمشتري الاول الثلث لكل منهما سدس لانه شريك في شفعة مبيعين وللبائع الثاني والمشتري الثاني سدس لكل منهما نصفه لانه شريك في شفعة يبيع واحد فتصح من اثني عشر (متن)

ملكه بعد علمه بشفعة شفعة بطلت شفعة (قوله) * وفي استحقاق الثاني والثالث فيما باعه الاول واستحقاق الثالث فيما باعه الثاني وجهان * الاستحقاق لان الثاني والثالث ثلثا شريكين في وقت بيع الاول وكذا الثالث في وقت بيع الثاني وعدمه لزوال شريكتهم الا ان وجه الوجهان من دفع حق من الشركة وقد استحق الشفعة وهو لا يعلم كما ان ذلك لا يملكه الا الاول ولا حق له لانه قد علم ملكه قبل الجميع (قوله) * وفي استحقاق المشتري الربع الاول فيما باعه الثاني والثالث فيما باعه الثاني شفعة الثالث ثلاثة اوجه * يريد ان من اشترى اولاً من احد المالكين يستحق الشفعة من المالكين الباقيين والثالث من اربعة وهل من اشترى من الثاني ثانياً هل يستحق الشفعة من اربعة اوجه * (قوله) * في الاستحقاق لانه * كان حال البيع وعدمه لتزلزل الملك وثبوته للمعروف عنه * وجه الاول ما قاله المصنف من انه * كان حال البيع والاستحقاق يثبت بمجرد الملك * ان ذلك وجهه الثاني ان تزلزل الملك مانع اكونه في معرض الزوال لان حقه مستحق بالشفعة ووجه الثالث ان الربيع لا يبيع ثلثة وملكه مستقر فيستحق بها الشفعة ولا يضر تزلزل الملك وفي جامع المقاصد ان منه قوة وفي الاحكام ان جعلنا المالكين شركاء استحق وان جعلنا شرطاً في استحقاقنا تأخر الشرط عن المشروط (قوله) * وفي اوجبه للجميع فللذي لم يبيع ثلث كل ربع لان له شريكين فصار له الربع مضموما الى ملكه فيكمل له النصف * - اي ان اوجبه الاستحقاق للجميع والمراد بالجميع هنا اربعة وان كانوا اسنة لان اربعة ان الذين ثلثة والمشتري ثلاثة خارج البناع الاول والمشتري الثالث لانها لا يتصور لها شفعة * - زوج الاول عن الشركة فدل حدوث بيع من البيوع وتحرر تلك الابن عن البيوع كلها بقي البائع الثاني والثالث والشاخي الاول والثاني فيهما مراده بالجميع فلشريك الثلاثة وهو الرابع الذي لم يبيع ثلث كل ربع لانه ثلاثة اربعة لان له في كل بيع شريكين فبني بيع الاول الذي ليس له شفعة شريكه البائع الثاني والثالث وفي بيع الثاني شريكه اثنان الا ان المشتري الاول الذي اشترى من البائع الاول واشترى الثاني المشتري الثالث وفي بيع الثالث شريكه المشتري الاول والمشتري الثاني فقد اخذ الربع الذي هو البيع الاصلي من كل ربع ثلث وهو ربع ثم فدا ضم هذا الربع الى ملكه الاصلي وهو الربع كمل له * - (قوله) * في بيع الثالث والمشتري الاول الثلث لكل منهما سدس لانه شريك في شفعة مبيعين * - لان البناع الثالث يملك حين البيع الاول والثاني فيكون له شفعة فيكون له المشتري الاول شريك حين البيع الثاني والثالث فيكون له منهما ثلث من الربيعين وثلث الربع نصف سدس الاصل فثلثاه سدس فيكون لها ثلث الاصل (قوله) * - وللبيع الثاني والمشتري الثاني سدس لكل منهما نصفه لانه شريك في شفعة يبيع واحد * - لان البائع الثاني انما كان شريكاً في وقت بيع الاول اخذ من المشتري الثاني اربعة شريكين في وقت بيع الثالث فنصيب كل واحد منهم ثلث ربع وهو نصف سدس فيكون لها سدس الاصل (قوله) * في بيع من اثني عشر * - لان اقل عدد يخرج منه نصف السدس صحيحاً اثني عشر لربع الذي لم يبيع ستة

فتصح من اثني عشر لو كان الشفعا اربعة غيبا فحضر احدهم اخذ الجميع وسلم كل الثمن او ترك فان حضر الثاني اخذ من الاول النصف او ترك فان حضر الثالث اخذ الثلث او ترك فان حضر الرابع اخذ الربع او ترك ولو قيل ان الاول ياخذ الجميع او يترك اما الثاني فله اخذ حقه خاصة لان المنسدة وهي تبعض الصفقة منتزعة او اخذ النصف ولو حضر الثاني بعد اخذ الاول فاخذ النصف وقاسم ثم حضر الاخر فاقسم وطالب فسخت القسمة ولورده الاول بعبء فللثاني اخذ الجميع لان الرد كالنفو (متن)

والبايع الثالث والمشتري الاول اربعة والبايع الثاني والمشتري الثاني اثنان (قوله) = لو كان الشفعا اربعة غيبا فحضر احدهم اخذ الجميع وسلم كل الثمن او ترك فان حضر الثاني اخذ من الاول النصف او ترك فان حضر الثالث اخذ الثلث او ترك فان حضر الرابع اخذ الربع او ترك = كما صرح بذلك كله في الشرائع والتجوير والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمساكن وقضية كلام الاولين كما هو صريح الاخر انه ليس لاحدهم الاقتصار على مقدار حصته لان الشفعة انما تثبت لسوء المشاركة وموتنة القسمة وازالة النمر فاذا اراد ان يأخذ من المشتري بعض النقص لم يزل الضرر الذي لاجله ثبتت الشفعة كذا قال في التذكرة ونحوه . وفي الشرائع في توجيه اخذ الاول الكل حيث قال لانه لاشنيع الآن غيره ونحوه . وفي الايضاح في توجيه اخذ الاول والثاني قال لانه لم يوجد الآن غيره وجاز عن الباقي ويبقى هو المستحق لجميع نصف النقص وليس له اخذ بعض حقه ولان المطالبة وجدت منها اي الاول والثاني دون الثالث انتهى وهذا بظاهره . وفي التذكرة انما يتم بالنسبة الى الاول اما من بعده فاقصاره على نصيبه لا يضر بالمشتري لان النقص قد اخذ منه تاما على التقديرين ثم ان في عبارة الشرائع مؤاخذه اخرى وفي عبارة الايضاح ايضا حرازة ووجه اي الحكم المذكور في جامع المقاصد بان كل واحد منهم عند المطالبة هو الشفيع مع من اخذ من شركائه لعدم العلم باخذ الغائب فليس له ان يأخذ بعض استحقاقه لان الشفعة مبنية على القهر فيقتصر فيها على موضع الوفاق ولا دليل على جواز اخذه بعض حصته وهو جيد جدا ولعله هو الذي عناه في الايضاح والا كان توجيهه كالمدايرة بل قد يكون هو المراد من توجيه الشرائع والتذكرة الا انه عند امعان النظر لا يخلو عن تأمل لانه يقضي بان ازالة الضرر حكمة لاعلة وليس كذلك فاما ان لاشفعة اصلا او تثبت بعون اخذ الجميع فتأمل وبشهادة ذلك احتلهم الاحتمال الآتي اذ على ما في جامع المقاصد لا يكون وجها فليتأمل جيدا ثم ان قضية كلامهم جميعا ان القادم لا يكلف الصبر الى حضور الغائب ولعله لان به اضراؤه بالمشتري بل به ايضا (قوله) = ولو قيل ان الاول ياخذ الجميع او يترك اما الثاني فله اخذ حقه خاصة لان المنسدة وهي تبعض الصفقة منتزعة = هذا قد احتله في الدروس والمساكن لما ذكره المصنف وسكت عنه في الايضاح فيتخير حينئذ بين ان ياخذ النصف كما اشار اليه المصنف بقوله او اخذ النصف او ياخذ حقه خاصة فاذا قدم الثالث كان بالخيار كذلك (وقال) في جامع المقاصد انا ان يقول ان تبعض الصفقة على المشتري من حيث عدم العلم بان الغائبين ياخذون ام لا ولزوم تجزئة الثمن على تقدير اخذهم لاشبهة . في انه محذور ومانع فكانت الشفعة منحصرة فيمن حضر وطالب وكما ان ثبوتها قهري فكذلك تقسيطها اما على عدد الرووس او السهام قهري فلا خيار للحاضر انتهى (وقد) عرفت ان لاتبعض وتجزئة الثمن لازمة على تقدير اخذ الباقي او بعضهم على كل حال على ان مثله آت في حق الشفيع لعدم العلم باخذ الغائب فتأمل (قوله) = ولو اخذ النصف = هو بالرفع مطوف على اخذ حقه وما بينهما معترض (قوله) = ولو حضر الثاني بعد اخذ الاول فاخذ النصف وقاسم ثم حضر الاخر فاقسم وطالب فسخت القسمة = لان حقه شائع في المأخوذ لكل منها (قوله) = ولو رده الاول بعبء فللثاني اخذ الجميع لان الرد كالنفو = لان الرد ابطال الاخذ من اصله فكان كما

ويحتمل سقوط حقه من المردود لان الاول لم يعف بل رد بالعيب فكان لو رجع يبيع او هبة ولو استغلها الحاضر ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغلة ولو قال الحاضر لا اخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفعته على اشكال واذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع اليه النصف فان خرج المبيع مستحقا فدرك الثاني على المشتري دون الشفيع الاول لانه كالغائب (متن)

عني عن حقه وهو خيرة الشرائع والتحرير والتذكرة وجامع المقاصد والمساالك ولم يذكر في الاولين الاحتمال الا في (قوله) ... ويحتمل سقوط حقه من المردود لان الاول لم يعف بل رد بالعيب فكان كما لو رجع يبيع او هبة = وهذا مذهب محمد بن الحسن الشيباني قال انه لا اخذ الا حذره لان الاول لم يعف وانما رده بالعيب ورده به احدث المشتري ملكا جديدا بعد ان حرج عنه فلم يتصور نصيبه على الآخر وكان كما لو رجع الى المشتري فنصيب احدهما يبيع او هبة وفي جامع المقاصد انه لاشبهة في ضعفه لان الاول وان لم يعف الا ان الرد بالعيب اقتضى سقوط حقه من الشفعة فحري مجرى انوارها فارد بالعيب فبيع الاخذ قطعاً لانشاء سبب حديد للملك فكيف يساوي العود للمشتري بالبيع او الهبة واقتصر في التذكرة والمساالك على الاخير واعلم لان الاول غير حسم المشبهة (قوله) « ولو استغلا الحاضر ثم حضر الثاني شاركه في الشقص دون الغلة » كما جزم به في الشرائع والتذكرة والتحرير واندروس وجامع المقاصد والمساالك ووجهوا عدم مشاركته في الغلة بان ملكه لم يتحقق الا باخذة وقوله كان الملك منحصر في الاول فكان الثاني له وبان السابق ليس اخذه بالنيابة عن بعه اذ لا ركاله له منه ويبقى لهم فيما اذا خرج الشقص مستحقا في توجيه ان دركه على المشتري دون الشفيع ان السابق كان عن اللاحق في الاخذ وقضية ذلك انه يشارك وهو احد وجهي الشافعية وما ذكره يعلم الحال في الآث بالنسبة الى الاولين ومعنى استغلا او اخذ علما وفي معناه اذا ظهرت الثمرة وصارت تبعة للاصل شرعا وان لم تنفصل (قوله) « واذا دفع الحاضر لاخذ حتى يحضر الغائب لم تبطل شفعته على اشكال » ينشأ من ان له غرضا في الترك وهو ان لا يخذ ما يؤخره وما يحتاج الى ثمنه ربما لا يتدر عليه في تلك الحال ثم انه قد لا يتمكن من العودة على ما يريد وربما انتزع منه فذهب بتمتته فيما لا تقطع شفعته وهو الذي قواه في المبسوط والمساالك وقوله في التذكرة وفي الدروس ان فيه قوة بما في السابق من انسية الى الدروس على البت غير جيد ومن انه متمسك من الاخذ فكان مقصرا ونشك في كون مثل ذلك عذرا فان ضرره لا يدفع بضرر المشتري والشفعة مبنية على الفهر فينبغي ان يتصور فيها على وضع اليتين فلا شفعة له وهو الاشبه باصول المذهب في الباب وغيره وكأنه قال به او مال اليه في جامع المقاصد ولا ترجيح في الشرائع والتحرير والايضاح (قوله) « واذا دفع الحاضر الثمن فحضر الغائب دفع اليه النصف فان خرج المبيع مستحقا فدرك الثاني على المشتري دون الشفيع الاول لانه كالغائب » قال في المساالك هذا هو المشهور ونسبه في التذكرة الى ابي الشافعية والمنسحب به المقت في الشرائع والمصنف في التحرير والمحقق الثاني ولا ترجيح في التذكرة وستسمع منتاره فيها ولا تعرض له في الدروس ومعناه انه اذا خرج الشقص مستحقا بعد اخذ الشفعة مترقبين وقد دفع الشفيع الثاني الثمن الاول وقد اخذ صاحب المال منه اجرة الدار مثلا وارث ما نهذه منها فدرك ذلك كله على المشتري لا على الشفيع لانه لا استحقاق للجميع الشفعة عليه فاخذ البعض قبل البعض لا يغير الحكم فكان لاخذ الاول لا بأس من المتأخر لاستواء الجميع في الاستحقاق وانت خير تنوع كونه كالغائب كما تقدم له لانه لا حد الثاني منتظر الى اخذ جديد غير اخذ الاول وسبغة خاصة كالاول ثم انه كيف يرجع على المشتري بهن ولم يستلم من غير الاول شيئا قال في التذكرة قال بعض الشافعية هذا خلاف في الرجوع للثمن من اجرة

لو كان الشفعا ثلاثة فآخذ الحاضر الجميع ثم قدم احد النائبين وسوغا له اخذ حقه خاصة
اخذ الثلث فان حضر الثالث فله ان يأخذ من الثاني ثلث ماني يده فيضيه الى ماني يد
الاول وبقتسماه نصفين فتصح من ثمانية عشر لان الثالث اخذ من الثاني ثلث الثلث ومخرجه
تسعة وليس للسبعة نصف فضرب اثنين في التسعة لثاني اربعة ولكل من البابين سبعة
لان الثاني ترك سدسا كان له اخذه وحته منه ثلثا وهو التسع فيتوفر على شريكه في الشفعة
والاول والثالث متساويان في الاستحقاق ولم يترك احدهما شيئا من حقه فيجمع مامهما
ويقسم بينهما (متن)

ونقص قيمة الشقص واما النون فكل يسترد ما سلمه من سلمه اليه بلا خلاف قل في التذكرة وهو
المعتمد واستجوده المحدث الثاني واستحسنه الشهيد الثاني (قوله) - لو كان الشفعا ثلاثة فآخذ الحاضر
الجميع ثم قدم احد النائبين وسوغا له اخذ حقه خاصة اخذ الثلث فان حضر الثالث فله ان يأخذ من الثاني
ثلث ماني يده فيضيه الى ماني يد الاول ويقتسماه نصفين كما في التحرير والتذكرة والمدرس
وجامع الناصد والمسالك وهذا على تقدير ان الثاني ان يقتصر على مقدار حقه وقد سبق الجاعة انه
لا يسوغ له ذلك وتنزيل اتمام انه اذا قدم الثاني كان على هذا مخرجا بين ان يأخذ النصف او اش
فاذا قدم الثالث ووجد مامهما متساويين في الاخذ اخذ الثلث منها على السوية وان وجد الثاني قد اقتصر على
الثلث تنزير بين ان يأخذ من الاول نصف ماني يده وهو تمام حقه ولا يتعرض لثاني ودين ان يأخذ من
الثاني ثلث ماني يده لانه يقول ما من جزء الاولي فيه ثلثه فان كان الثاني ترك الاول حقه ولم يشاطر
الاول فلا يلزم ان اترك حتمي ثم له ان يقول للاول ضم ما معلق الى ما اخذته من الثاني لتقسمة نصفين
لانا متساويان في الحق وقد احتمل فيما عدى الاولين ان لا يأخذ الثالث من الثاني شيئا بل يأخذ نصف ما
في يد الاول فيقسم المشنوع اثلاثا بنا على ان فعل الثاني لا يعد عتوا عن السدس بل اقتصارا على حقه
والا لا تبه بطلان حقه لان العتو عن البعض عتو عن الكل على قول واما هو كمال حقه وحكي في
التذكرة عن بعض الشافعية انه يسقط حقه لكونه قد عتو عن بعضه (قوله) - فتصح من ثمانية
عشر لان الثالث اخذ من الثاني ثلث الثلث ومخرجه تسعة وليس لسبعة نصف فتضرب اثنين في التسعة
لثاني اربعة ولكل من الباقيين سبعة لان الثاني ترك سدسا كان له اخذه وحته منه ثلثا وهو التسع فيتوفر
على شريكه في الشفعة والاول والثالث متساويان في الاستحقاق ولم يترك احدهما شيئا من حقه فيجمع مامهما
ويقسم بينهما - لانا نطلب اقل عدد له ثلث وثلثه ثلث وهو تسعة يحصل منها ثلاثة في يد الثاني
وستة في يد الاول فيأخذ الثالث من الثاني واحدا ويضمه الى الستة التي في يد الاول فتصير سبعة لاتقسم
نصفين فتضرب اثنين في تسعة تبلغ ثمانية عشر الثاني منها اربعة ولكل من الاول والثالث سبعة وان
سنت قلت ان الثاني اخذ الثلث فيكون الشقص المبيع المشنوع ثلثه والثالث يطلب من الثاني ثلث الثلث
ومخرجه مضروب احد الكسرين في الآخر اعني مضروب ثلاثة في ثلاثة وذلك تسعة الى آخر ما تقدم
واما قلنا ان الثاني اربعة ولكل من الآخرين سبعة لان الثاني كان يستحق اخذ النصف وهو تسعة فترك
سدسا وهو ثلثه حقه منه ثلثاه وهو سهمان واخذ حقه منها اربعة فيتوفر ثلثا السدس المتروك اعني التسع
على شريكه ولم يترك احدهما شيئا من حقه فيجمع مامهما ويقسم بينهما وقول المصنف يتوفر على
شريكه لا يراد به الاول بل الجنس لانه قال الاول والثالث متساويان في الاستحقاق وليعلم ان صحة المسئلة من
ثمانية عشر اثنا هو بالنسبة الى الربع وهو الجزء المشنوع لانا بالنسبة الى المجموع واما بالنسبة الى مجموع الدار فتصح من اثنين

لو اشترى واحد من اثنين شقصا فللشفع اخذ نصيب احدهما دون الاخر وان تبعضت الشفعة ولا خيار له ولو اشترى اثنان نصيب واحد فللشفع اخذ نصيب احدهما بعد القبض وقبله ولو وكل احدا لثلاثة شريكه في بيع حصته مع نصيبه فباعها او احدا لثلاثة اخذ الشفعة منها ومن احدهما ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر ثم عبد الشفع فيه اخذ الاول والثاني واحدهما فان اخذ الاول لم يشاركه الثاني وان اخذ الثاني احتمل مشاركة الاول (متن)

وسبعين (قوله) * * * لو اشترى واحد من اثنين شقصا فللشفع اخذ نصيب احدهما دون الاخر وان تبعضت الشفعة ولا خيار له * * * يريد انه لو كانت الدار بين ثلاثة فباع اثنان من رجل دفعة واحدة فقال الشريك الثالث للشفع فخذ ما له فلان وارثه ما بيعه فلان كان له لان العقد اذا كان في احد طرفيه عقدان كان بخرية العتدين في الخفية لا تبعض في الحقة على الشري وفي دفع الشفع والحكمة من دون تأمل والمخالف بوجاهة حكاية في التذكرة وكذا استند الى ان المشتري ملك الكل دفعة واحدة وهو محتمل ولكن لم يذكره الا صاحبها وقد ذكروا في البيع ان الشفع في بيعه وفيما ذكر يعلم انه لا خيار له لان الاخذ بحداهما من ليس منافي ! وقع عليه العقد الاخر اذ لا تبعض نصيب الواقع ومثله ما يورد من اثنان من ثلاثة دفعة او اثنان من اثنين ولا شركة بعض الاثنين في هذه المسائل لعدم تقدم ملك احدهما على الاخر (قوله) * * * ولو اشترى اثنان نصيب واحد فللشفع اخذ نصيب احدهما بعد القبض وقبله * * * فظهر انه يقي ان الشفع كان في دفعة واحدة صيرها هو صريح المبسوط والتذكرة والتجريد والدروس ولا فرق بين كون ذلك قبل المبيع او بعده وفيه ذلك على خلاف ابي حنيفة حيث قال يجوز بعد القبض ولا يجوز له لانه قبله يكون تبعضا الحقة على البائع بناء على اصله من ان الشفع يخذ من البائع وقل في جامع المقاصد ان شيخنا الشيعي قال انه يمكن عدم الشفع هذه بالكثرة لان الاستحقاق غير مسبوق بالكثرة فلا تكون مانعة وتعمل الكثرة المانعة على الكثرة الدفعة على العقد قال ويشكل بظاهر قوله (ع) فاذا صاروا ثلثة فليس لواحد منهم شفعة (قلت) هذا الظاهر يحتمل على * * * اذا صاروا ثلاثة قبل العقد لانه هو المتبادر من الاخبار الاخر كما تقدم لكن خرطاجه له في ستة فروع الكثرة يقتضي بعدم الفرق في بعضها بين ان تكون لاحقة او سادقة والذي يدل على ان الشرع هنا كان دفعة ان لم يشمل فيه ان يكون الاول شفعة على انه لو اريد به الترتيب لا يتحد مع الترتيع وهو قوله لو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر لان الشراء فيه اي الفرع الاخير مترتب لما كان الخطب ثم ولانه احتمل فيه ان يكون الاول شفعة وهذا الاحتمال لا يبيح الا على الترتيب (قوله) * * * ولو وكل احد الثلاثة شريكه في بيع حصته مع نصيبه فباعها لواحد فذلك اخذ الشفعة منها ومن احدهما * * * يعني اخذ نصيبها ونصيب احدها ففي العبارة تسامح لان لاخذ انا هو من المشتري والوجه في ذلك ان الدفعة مبعوضة في الواقع فلا مانع من ان ياخذ الثالث مجموع النصيبين واحدهم خلافا لبعض الشافعية لان العاقد واحد ليس الوكيل ولا الموكل شفعة على الاخر لانهم باعوا فخرجوا عن الشركة (قوله) * * * ولو باع الشريك نصف الشقص لرجل ثم الباقي لآخر ثم علم الشفع فله اخذ الاول والثاني واحدهما فان اخذ الاول لم يشاركه الثاني وان اخذ الثاني احتمل مشاركة الاول * * * لانه وقت شراء الاول لم يكن للثاني ملك فلا تتصور شفعة واما احتمال مشاركة الاول فلكونه شريكا في وقت بيع الثاني سواء اخذ منه ام لم ياخذ فان احتمال المشاركة قائم على التقديرين كما تقدم بيانه لكن ظاهر العبارة هنا قد يؤخذ بخلافه والفرق بين هذا الفرع والفرع السابق في قوله ولو اشترى اثنان نصيب احدهما ان الشراء في الاول كان دفعة كما عرفت آنفا وقد قال في التجريد

وعلى ما اخترناه من ستوط الشفعة مع الكثرة للشفيع اخذ الجميع وتركه **الفصل الثالث في كيفية الاخذ** **✽** يملك الشفيع الاخذ بالعقد وان كان في مدة الخيار على رأيي وهو قد يكون فعلا بان ياخذه الشفيع ويدفع الثمن او يرضى المشتري بالصبر فيسلكه حينئذ (متن)

بعد ان ذكر ما ذكر من النزوع المترتبة على الكثرة هذه النزوع انا بتأتى على القول بثبوت الشفعة مع الكثرة ثم قال بعد ذلك بلا فائدة السابع لو باع الشريك الواحد نصف حصته او احد ثم باع الباقي عليه او لى غيره ثم علم الشفيع كان له اخذ الجميع والاول خاصة والثاني خاصة وكذا لو باء من اكثر من اثنين انتهى وهو يقضي بان المراد بالكثرة المانعة الكثرة السابقة (قوله) **✽** وعلى ما اخترناه من ستوط الشفعة مع الكثرة الشفيع اخذ الجميع وتركه **✽** = يريد انه اذا كان هناك شريكان لا غير فباع احد الشريكين نصف حصته ازيد ثم باع بعد ذلك النصف الاخر لغيره ولم يعلم شريكه باحد البيعين فان له الشفعة في الجميع على النول باشتراط الاعتماد لان منعه منها مع كونه شريكاً بتعددية تضييق يتخاف الاثر عن المؤثر ولو كان مثل ذلك مسقطاً للشفعة لما اغلوه وليس هو مما يندركما تقدم بياضه نعم ان احتار اخذ البعض سقطت شفعته لان الشارع اثبت له الشفعة فرارا من ضرر الشركة فاذا اخذ البعض خاصة يكون قد رضي بها فتسقط شفعته كما هو واضح ولا يرق في ذلك بين ان يكون اخذ من الاول فقط او من الثاني كذلك فجميع ما ذكره في جامع المناصد في شرح العبارة سهو واضح قال في توجيه العبارة انه اذا اخذ الجميع لم يتكسر الشفعة فلم يستحق الثاني بخلاف ما اذا اخذ البعض قلت هذا التعليل غير صحيح بل الوجه في ذلك ما عرفت قال وفيه نظر من وجوه الاول انه انا يحى هذا المحذور لو اخذ من الثاني اما اذا اخذ من الاول فقط فعلى قوله لا يتكسر الشفعة حينئذ اذ لا يشاركه الثاني فيما اخذه قطعاً قلت هذا سهو قطعاً اذ ليس المدار الا على الرضا بالشركة فلا يرق بين الاخذ من الاول والثاني قال الثاني من وجهي النظر انه لو اخذ الجميع فلاول الشفعة في نصيب الثاني على ما سبق من الاحتمال لان الاول كان شريكاً ومستحقاً في وقت البيع الثاني فلا يزول استحقاقه باخذه ولكنه فلا يتم ما ذكره وايضا فانه في وقت البيع الثاني كان المشتري الاول المستحق للشفعة فان استحق الشفعة بملكه ثبتت مع تعدد الشركاء او الشفعة وان لم يستحق مع كونه شريكاً بتعددية الاثر نعم على القول بان كون ملكه مشفوعاً ينافي استحقاقه لاشكال (قلت) لا يستحقها لاقدامه على الكثرة ورضاه بالشركة لانه علم ان البائع شريكاً وان البائع ايضاً شريكاً مضياً الى ان ملكه مشفوع قال ثم ان في ثبوت الشفعة ههنا على القول بالمنع مع الكثرة وان لم نقل بالاحتمال واخذ الجميع نظر لان قوله (ع) فاذا صاروا ثلاثة فليس لاراحد منهم الشفعة يقتضي ظاهره نفي الاستحقاق هنا قلت قد عرفت الحال في الخبر انفاً وفيما سلف

— الفصل الثالث في كيفية الاخذ —

(قوله) **✽** يملك الشفيع الاخذ بالعقد وان كان في مدة الخيار على رأيي **✽** = قد تقدم الكلام فيه في اواخر الفصل الاول (قوله) **✽** وهو قد يكون فعلا بان ياخذه الشفيع ويدفع الثمن او يرضى المشتري بالصبر فيسلكه حينئذ **✽** — كما في التذكرة وجامع المقاصد وجميع البرهان وقد حكى في جميع البرهان انه نسبة في التذكرة الى علمائنا ولم نجد ذلك في التذكرة بل لم نجد احداً منهم تعرض لذلك قبل المصنف وقال في التحرير يملك الشفيع الشفعة باخذه وبكل انظر يدل على اخذه ولم يتعرض فيه لدفع الثمن فيهما وقضيته انه يملكه بمجرد الاخذ ولا يحتاج في ملكه الى دفع الثمن كما ان قضية كلام الدروس انه لا يملكه الا بالانظر ولا يمكن الاخذ الا على دفع الثمن وهو الظاهر من المسالك وكذا الكناية قال في الدروس ولا يملك الشفيع بالمطالبة ولا بدفع الثمن مجرداً عن قول انتهى تتأمل والواجب الرجوع الى الاخبار والفروا اعدوا الظاهر من اطلاقات

ولفظاً كقولہ اخذته او تملكته وما اشبه ذلك من الالتئام الدالة على الاخذ مع دفع الثمن
او الرضا بالصبر (متن)

اخبار الباب الاخير (ع) كقولہ (ع) وصي اليتيم بقرعة ابيه خذ به بالشفعة وفي خبر علي بن مهزيار ومرسل ابن محبوب
ما يؤذن من الاخذ باللفظ وانه يثبت به حيث قيل في السرائر في الاول ان رجل طلب شفعة ارض
وفي الثاني فطالب بالشفعة من هذا اذا طالب الاخذ بها فالطالب بالمعنى المتعارف كما ستعرف ولما التواء
فالاصول تنفي دوقوف على موضع الرضا وهو الاخذ باللفظ مع دفع الثمن وقد اطلقوا على الظاهر انه
ليس بشئيع احد الشئيين المشنوع من المشتري لا بعد دفع الثمن اليه كما لو هن قهره بتسليم الثمن اليه
اولا بخلاف البيع وخبره فكان اخذ الشئ دون دفع الثمن منه فانه فلا يكون سببا في حصول الملك
واذا ان تقول ان هذه اللفظة انما تتم اذا كان مرادهم ليس له اخذ على سبيل التملك فيكونون
موافقين لخصم على ان التملك يحصل بالاخذ باللفظ ودفع الثمن وان كان مرادهم ان ليس له
اخذ به التملك باللفظ كبريقي من ان كلامهم هذا يقتضي الامرين فلا ترضى اداك وان اعتمد
الاول في جمع لمعنى وكذا فان فخذ بالشفعة ومن وافقه ان الاخذ باللفظ لا يكون ملكا الا مع
دفع الثمن او رضى المشتري بالصبر فادفعه واخذه المشتري ملك الشئ والاحلى بينه وبينه او مع
الامر الى اخذه بآمره تسليمه عملا لاصل من عدم اشتراط اللفظ وعند من ظنهم انه لابد فيه من
اللفظ كما هو ظاهر الاكثر كما يتيقن انهم ردوا انه لا ينبغي ملكه اطلاقا هو الظاهر ويقتضي
اذا لا ينبغي لزوم الملك بل يكون ذلك من باب معاشاة الشئ بالشفعة الى الشئيع من ان له جرد ان
يترك ولا كذا اذا اخذ باللفظ فانه لا يجوز له الرد والتك وما المعاشاة للمعاشاة في القام
لانها تنوق على رضا الطرفين وليس رضا المشتري هائلا شرطاً وانما انه يمكنني رضى المشتري بالشفعة
مع وضه ولا يتوقف الملك في المعاوضة على القبض وظاهر التدكرة الاجماع عليه (قوله) (ع) ونظا
كقولہ اخذته او تملكته وما اشبه ذلك من الالتئام الدالة على الاخذ مع دفع الثمن او الرضا بالصبر (ع)

كما صرح بذلك كله في الارشاد وموضع من التدكرة والسالك ومجمع الرهن وقد يظهر ذلك من كلام
الدروس وقد سمعته ويقي له ما هو صريح في ذلك ونفي عنه البعد في المسالك وفي جامع الشرائع انه
يملك بقبض الثمن ودونه وظاهره انه لا يحتاج الى انظر وفي الفقيه والبرهان ما نصه واشطاً عدم اجزاه
عن الثمن لانه لما يملك الاخذ اذا دفع المشتري ما بدله البائع فدا تعذر عليه ذلك سقط حقه من الشفعة
وظاهر الاول وصريحه انه لا خلاف فيه وظاهره ان المراد بالاخذ بالاخذ بالشفعة لا الاخذ بمعنى تسليم
المبيع من المشتري وفي ذلك زيادة عما في الكتاب لكنه بعيد فيكون المراد الذي يوافق الكتاب كما
سيأتي بينه ويشهد له قوه في سائر فان ادعى عيبة الثمن اجل ثلاثة اشهر فبأنه احضره والا فبطلت
شفعته والذي في المبسوط في اواخر الباب انه لا يشترط مع الاخذ باللفظ دفع الثمن في حصول الملك ومنه
صرح في التدكرة في موضع آخر وهو الظاهر من التحرير والروضة ومجمع البرهان في موضع اخر منه وهو
الذي استظهره في المسالك بعد ان ختاره من قوله في الشرائع ولا يلزم المشتري دفع الشئ لم يبدل
الشئيع الثمن الذي وقع عليه القدر (قلت) قد وقعت هذه العادة وغيرها فيما ياتي من الكتاب والارشاد
والدروس وغيرها وهو كثير كما ستعرف فيمن ان نقول ان ذلك لا يتم الا على القول باشتراط
تسليم الثمن في حصول الملك والا فالاصل عدم وجوب التقديم على واحد بخصوصه وجند فلا قناهي
بين عبارة هذه الكتب الثلاثة اصلاً ويمكن ان يكون ظاهرها كما قال في المسالك وعدم لزوم ذلك
على المشتري انما كان جبر القهراً على الاخذ منه (وقد) تقدم لنا في اوائل النحل الثاني ما لا بد من
مراجعته وقال في جامع المقاصد ان اشتراط دفع الثمن في حصول الملك لا دليل عليه والاصل عدمه والشفعة

في معنى المعاوضة اذ هي من توابع البيع ودفع احد العوضين غير شرط في تلك الاخر. ولانه لا يمكن
الدفع شرطا لوجب ان يكون فوريا كالأخذ فتبطل الشفعة بدونه مع التمكن وامهال الذئيع ثلاثة ايام
قد يدل على خلاف ذلك وليس في النصوص ما يدل على الاشتراط المذكور والذي في رواية ابن مهزيار
ان كان معه بالمر فلينتظر به ثلاثة ايام ان اتاه بالمال والا فليبيع وبطلت شفعة في الارض وليس
كلام الاصحاب صريحا في اشتراط ذلك انتهى ونحن نقول الدليل الاصل وحسنه بن مهزيار اما الاصل
فبمعان اربعة الا ان يقول ان اُب الشفعة عقدا وجازجراه فيكون الاصل عدم الاشتراط كما قال وقد
قال في البسطة انما عقد قائم بنسبه او يكون استند الى عموما الباب فان وجد المخصص من اخبر قام
اصلا وانقطع ما ادله واما اخبر فهو قول سئل ابا جعفر الثاني (ع) عن رجل طلب شفعة ارض فذهب
على ان ينخر المال فلم ينض فكتب يمنع صاحب الارض اذا اراد بيعها لبيعه او ينتظر عجي شريكه
صاحب الشفعة قال ان كان معه بالمر فلينتظر به ثلاثة ايام فان اتاه بالمال والا فليبيع وبطلت شفعة في
الارض وان طلب الاجل الى ان يحضر المال من بلد الى آخر فلينتظر به مقدار ما يسافر الرجل الى تلك
البلدة وينصرف وزيادة ثلاثة ايام اذا قدم فان وافاه والا فلا شفعة له لان قول ابن مهزيار طلب شفعة
ارض يحمل انه اخذها بالشفعة انما كان قال اخذوها بالشفعة وتلكها او انه قال اني اريد ان
املككم بالشفعة اذا جئت بالمال وهذا بعيد جدا من وجوهه يستمع بعضها بل لا يكاد يصح وعلى التقديرين
يتم الاستدلال لان المستفاد من فعوى كلامه (ع) في الجواب انه يجب عليه دفع المال على الفور ومنتهى
الفورية ثلاثة ايام ان كان بالمر فان اتى بالمال ودفعه للمشتري كسب عن حصول المالك له من يوم الاخذ
او حصل له بذلك تمام جزء السبب المالك وان لم يات بطلت شفعة لعدم حصول التملك له ومعناه حينئذ
على ما في جامع المقاصد انه ان اتاه بالمال لزمه التسليم وان لم يات به بطلت شفعة بمعنى انه ينسخ ملكه
او ينسخه بعد حصوله له ولزومه وهو كما ترى ولا يصح ان يكون قوله (ع) في آخر الخبر فلا شفعة له
مثل قوله (ع) في خيار التأخير وخيار ما ينسد ليومه فلا بيع له لان معناه هالك انه لا يلزم البيع ومعناه
هنا ان الشفعة تبطل كما صرح به (ع) في صدره ولا معنى لحمل قوله (ع) بطلت شفعة على معنى كونها
غير لازمة ولو بقي على معناه لم تصح المقابلة بين التضيئين ولزم التنكيك الذي يجبه الذوق هذا على
التقدير الاول وعلى التقدير الثاني يصير المعنى فان اتاه بالمال واخذ بالقول ملكه وان لم يات به بالمال لم
يملك وبطلت شفعة اخذ بالقول ام لم يأخذ وعلى ما في جامع المقاصد لم يكن له معنى محصل اصلا الا ان
تقول انه يقول ان اتاه بالمال واخذ باللفظ ملك وان لم يات به بالمال لم يكن له الاخذ من راس فيكون
معنى قوله (ع) بطلت شفعة انه ليس له الاخذ بالشفعة وهو كما ترى ثم ان هذا الاحتمال بعيد لوجوه منها
انه (ع) قال ان اتاه بالمال ولم يشترط معه شيئا آخر فتقدير انه اتاه واخذ باللفظ القولي خروج عن
الظاهر جدا مضافا الى وجوه اخر لا تخفى بل نقول انه لا يصح لان الطلب ان كان مع اجتماع شرائط
الاخذ ففي النورية وان كان قبله لم يجب كما هو واضح كما سيأتي ثم انه في جامع المقاصد قد اعتمد على
هذا الاحتمال عند شرح قوله ولو ادعى غيبة المالك ويظهر منه هالك ان معنى قوله (ع) بطلت شفعة انها ليست
لازمة مضافا الى ما يلزم هذا القول من تغرر المشتري بملكه بغير الاخذ القولي وعدم فورية الدفع وعدم
تجديده بدقن في المصير ولم ياتي به من غيره فتأمل ثم اننا قد زدعي منع الملازمة التي ادعاها كما ذكر
ذلك في المسالك فيما اذا دفع الشئ الثمن وظهر مستحقا وهو قضية كلام المصنف هناك وكيف كان ففي
ما يظهر من الخبر غيبة لان ظاهره في صدره وعجزه الاشتراط مضافا الى فتوى من عرفت والى ما في
الغنية فليتأمل في ذلك كله ثم انه يلزم القائل بالعدم انه اذا اخذ بالقول يملك وان جهلا معا الثمن ولعله
لا قائل به كما ياتي بل كل من قال ان من مستطات الشفعة جهلها بالثمن قائل بالشرط المذكور كما ستعرف
والظاهر انهم مطبقون على ذلك كما ياتي وصاحب المسالك رجع هناك الى القول بانه لا بد من دفع الثمن

ويشترط علم الشفيع بالثمن والتمن معا فلو جهل احدهما لم يصح لاخذ (منز)

وعلى ما في الكتاب فظاهر ان دفع الثمن جزء من السبب الملك فالعقد قبله موقوف فانه قبله المشتري ويمكن على بعد ان يكون كاشف عن حصول الملك بالاخذ القوي فالعقد قبله مراعى لاموقوف فائنا المتنازل للشفيع هذا والظاهر اتفاههم على انه لا يملك بالمطالبة والا لم تستط الشفعة بانعز به الطلقة ولا بدفع الثمن مجردا من قول وفعل (قوله) ويشترط علم الشفيع بالثمن والتمن معا فلو جهل احدهما لم يصح الاخذ * اما اشتراط علم الشفيع لصحة الاخذ فقل من تعرض له وانما ذكر في التذكرة وجاع المقاصد والروضة واما اشتراط علمه بالثمن فقد صرح به في المبسوط والكافي والنرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس والشفعة وجامع المقاصد والمساك والروضة والمآثرية ولم يذكر شيئا منها في الوسيلة والفنية فيما ذكر فيه من الشروط وقنيتها ان علمه بهما غير شرط ولم يذكر هذا الشرط ايضا في القنع والمنفعة والنهاية والمذهب والمستم وقعه الثمن والشرائط وجامع الشرائع والنفقة وجميع مجمع البرهان انه لا دليل عليه من عقل ولا نقل الا ان يكون جمعا (قلت) فداستدل في المسك على اشتراط العلم به ان الاخذ بالشفعة في معنى المعوضة الخ لانه يدخل الشفيع بالثمن الذي يرميه فاشترط ما علم به حين الاخذ حذرا من الغرر اللازم على تقدير الجهل لان الثمن يزيد وينقص وانعرا عن تغلب فيه قلة وكثرة وزيد حيلة على زهد الشفيع في الاخذ مع اتفاقهما على اشتراط علمه فلا يصح اخذه بالشفعة مع عدم العلم به جنسا وقدر او وضا وان رضي بخرجه بهما كان الثمن لان دخله على تحمل الغرر لا يرفع حكمه المترتب عليه شراء من بطلان المعوضة مع وجده كما ان اقدم المشتري على الشراء بالثمن المجهول ورضي به كيف كان ونحوه في الروضة وهو ايضا ما هو حري في الشرائع والتذكرة وجامع المقاصد من التعليل بالغرر لانها في معنى البيع ونحن نقول لاريب انه لا يشترط علم الشفيع بالثمن ولا بالشفعة في طاب الشفعة وانما الكلام في الاخذ وتحرير الكلام في ذلك ان الحماية على قسمين جهالة لا يمكن معها تسليم الثمن واخرى يمكن معها ذات والاولى هي التي لا يصح معها الاخذ كان يشترطه الوكيل ويتعذر علم الشفيع به او يقول الشفيع انسيته ونسب على ذلك وبالجمل ما اذا جهل اي المشتري والشفيع والوجه في عدم صحة الاخذ حينئذ انه قد تقدم ان الشفيع انما يخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد فلا وبه صرح اخبار الباب وانه لا يملك او لا يتم ملكه الا بتسليمه فلا بد من العلم بكيفية وار جهل لم يصح الاخذ انعقد الشرط وهو تسليم الثمن المعلن ولا فرق في ذات بين ان يدفع قدرا يعلمه بشفعة بل الثمن كان يتبرع بالرائد وعدمه (كما) فقلنا ان الشفيع في صحة الاخذ بالثمن الفدر على الثمن الكين الاول هو الاجترار لانه لا يمكن معرفة الارش او كين البيع معينا ولا معرفة الثمن يرجع به او مكان اي البيع مستحقا وهذه الجهة هي التي عدوها من سقطات الشفعة من غير تأمل ولا خلاف وذلك يقتضي انه لا بد في الحالات من دفع الثمن مع الاخذ بالثمن كما تقدم ان اعلى ان بعض من اختار هذا انه يملك بغيره والظاهر انه لا بد من دفع الثمن لصاحب المسالك كما تقدم واما الجهة الاخرى وهي ما اذا كان الشفيع جاهلا بالثمن حين الاخذ والبائع او المشتري او غيره عالما به فلم بلغه الخبر قال اخذته با اشتراه كاننا ما كان فاننا لا تقع من الاخذ لعدم الدليل على ذلك من عقل او نقل او نص او اجماع الا الحمل على البيع ونحوه وهو قياس مع التارق لان الدار في الباب من الاخبار والاجماع على امكان تسليم الثمن الذي وقع عليه العقد كما لا وهو ممكن وتام كونه باخبار المشتري او غيره ومنه يعلم حال الجهة بالشفعة بهذا المعنى واما بالمعنى الاول فيتصور ان يكون الشفيع له شركة مع زيد مثلا في دور متعددة وقد اشترى وكيل المشتري او هو من شفعة من بعض تلك الدور ومات الوكيل وزيد او نحو ذلك من النروض فان الظاهر انه لاشفعة في مثل ذلك وان استخرج المبيع بالقرعة ولعله لذلك قل من تعرض له فليحفظ ذلك كله جيدا ثم ان الحمل المانع في كلامهم لا بد وان

وله المطالبة بالشفعة ولو قال اخذته بمها كان لم يصح مع الجهالة ويجب تسليم الثمن اولا فلا يجب على المشتري ان يدفع قبله وليس للشفيع اخذ البعض بل الترك او الجميع (متن)

يراد به الجبل ان الذي ظن انه لا يمكن معه الاستعلام كان يقال ان الوكيل مثلامات ثم يظهر انه حي فعلى هذا يصح قولهم وله المطالبة بالشفعة لان ذلك عذر واما اذا اريد به الجهل الذي علم انه لا يعلم معه الاستعلام فذاك مسقط للشفعة قطعاً وكذلك الذي يمكن معه الاستعلام فتركه واخذ بالشفعة فانه ايضا مسقط للشفعة من حيث الاخلال بالضرورة حيث اشتغل بالاخذ التام عن الاخذ الصحيح وعلى هذين لا يصح قولهم وله المطالبة بالشفعة (قوله) - * وله المطالبة بالشفعة * = كما في التحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك والروضة لانه لا دليل على سقوط حقه بذلك الاخذ التام وفي كلام البسوط ما يدل على سقوطها وكأنه في التحرير قصد بذلك الرد عليه وقد عرفت الحل في ذاك (قوله) * * ولو قال اخذته بمها كان لم يصح مع الجهالة * قد صرح بذلك في البسوط وغيره وقد تقدم الكلام فيه (قوله) * = * ويجب تسليم الثمن اولا * = كما هو صريح البسوط واللمعة والروضة وقضية كلام السرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والدروس وان تسلمه المشتري قبل اداء الثمن كما هو صريح التذكرة وتنسية اطلاق الباقين لانها معاوضة تورية فجزوهن قهر المشتري بتسليم الثمن اليه او لا بخلاف البيع فان مبناه على الاختيار فلم يكن احد المتبايعين اولى بالبدنة من الاخر وفي المسالك انها علة مناسبة لادالة في التصرف عليها انبأتهما بمجرد ذلك لا يثنوا من اشكال فلو قيل بان المعتبر التفاضل كالمبيع كان وجها انتهى وفي جامع المقاصد انها معاوضة يجب فيها التسليم والتسلم دفعة واحدة والاصل عدم وجوب التقدم في التسليم على احد بخصوصه نعم ان تم له اشتراط تسليم الثمن في حصول الملك بالاخذ ثبت وجوب هذا (قلت) هذا ما اشرنا اليه من ان هذه العبارة تقضي بالاشتراط المذكور وان وقعت ممن صرح بعدمه او ظهر منه ذلك ويستثنى من وجوب التسليم ما اذا رضي المشتري بكون الثمن في ذمته فللشفيع ان يتسلم المبيع اولا كما تقدم (قوله) * = فلا يجب على المشتري الدفع قبله * = كما صرح به في البسوط واكثر ما ذكر بعده آنذا (قوله) * = وليس للشفيع اخذ البعض بل الترك او الجميع * = كما في البسوط والسرائع والتذكرة والتحرير والارشاد والايضاح والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان والمناقب لان العنق من البعض يبطلها لانها لا تتجزأ كالتقصص لان حقه في المجموع والضرر على المشتري بتبعض الصفقة وهذه الادلة كما ترى وفي بعض الاخبار اشعار به حيث قال (ع) هو احق به يريد نصيبه المتقدم ذكره وقال (ع) هو احق بها من غيره بالثمن وهو اشعار ضعيف جدا لان كان مفهوم لقب ولا يصح الاستناد الى الاصل بعد عمومات الباب وغيرها ولم يبق الا ان يدعى ان المتبادر من اخبار الباب واطلاق التناوي ولا سيما التعريف اخذ جميع ما باع وهو محل تأمل لعدم المنشأ له على انه قد يقضي بانه اذا باع شقصه لثلاثة دفعة مثلا ان يجب على الشريك اخذ الجميع او الترك مع انه ليس كذلك وينبغي التأمل في كل ذلك ودعوى انها كالتقصص معارضة باحتمال ان تكون كالتقذف واما الضرر فهو الذي ادخله على نفسه بشرائه ما فيه الشفعة ولعله اذلك خلى عن ذلك المقنع والمقنعة والانتصار والنهاية واخلاف والمراسم وفتح الراوندي والكافي والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر والنافع وشرحه والتبصرة وشرح الارشاد للنفخ والكناية وغيرها مما تأخر مع التعرض لشرائطها ومستطاتها ومبطلاتها مع العنوان وبدونه فلم يمكن ايضا دعوى الاجماع ولو من تأخر لكنني لم اجد مصرحا بجواز اخذ البعض الا المصنف في التذكرة وقد حكينا كلامه بمرته في شرح قوله الا مع الشركة في الطرقتين الخ وهذا الفرع اول ما وقع النزاع فيه بين محمد بن الحسن الشيباني والي يوسف فيما اذا قال اخذت نصف الشفعة فذهب الاول الى

فلو قال اخذت نصف الشفعة فالاقوى بطلان الشفعة ويجب الطلب على النور فلو اخر
مع امكانه بطلت شفعتها على رأي

(متن)

سقوطها والثاني الى عدمه كما ياتي (قوله) * فلو قال اخذت نصف الشفعة فالاقوى بطلان الشفعة *
كما في التذكرة والايضاح وجامع المصنف والسالك والروضة لانه لا يستحق الخوذ وانما يستحق مجموع من
حيث هو مجموع فلا يؤثر اخذه له بالنسبة اليه ولا بالنسبة الى الباقي له بالنسبة اليه فلهذا احتجوا واما
بالنسبة الى الباقي فان ظهر منه اسقاط حقته فظاهر والا فقد حصل اثر اخذه بطل الشفعة في جميع
وحيث الاقوى هو ان الشفعة تنسب الى الجميع قاله ابو يوسف لان احدى العنقبتين لم يرد احد من اقدم
صفة خذه وحده . . . منع الاستلزام وحوار تعلق الغرض . . . صحة وقال في الدروس لو قال
اخذت نصف الشفعة بطلت لان الغرض عن العنقبتين بطلها . . . واما ان يكون ذلك في جميع
ولو قد سار على قومه اخذت منه فوجها واولى رتبة لان اخذ العنقبتين في احدى النصفين لا يرد في
الى اثر حي وهو تنبيل حيزه تعرض له خاصة ولا العامة . . . فلو كان في جميعه . . . قال
اخذت نصف الشفعة (قوله) * ويجب الطلب على النور فلو اخرجه بطلت الشفعة * على
رأي : . . . نول بان حصة الشفعة على النور هو المشهور كما في التذكرة والاشكال . . . كما في الروضة . . . مع
الاكثر كما في التبع وهو الشبهة واتاه وكثيرا . . . كما في المسالك واما ما روي في الشيخ
واحد اربعة كفي في خلاف وقد حكاه تاج الدين في التبع في المسالك والاشكال . . . بل قد
والدروس والمسالك وفيه سائر ما عليه وفي الرتبة ان الشفعة هي عطية وحصة النور وانه
عامة المتدين وهو حصة النهاية واحلاف والمسوق صرح في حصة المسوق . . . والمسالك والاشكال
والاصح وكتبه الزمزم والتذكرة والارشاد والاشكال والاشكال والاشكال . . . والله اراد
والدروس والسعة والمختصر والتفتيح وجامع المصنف والروضة والتبع وهو المحقق في ان
عليه وسبب السبب والطريق . . . ومن وجد المصنف وسدد الدرس ونحوه . . . وفيه ما في الكمال الا
فلا تعرض له في المذهب كما لا تعرض له في التبع والاشكال والاشكال . . . وفيه ما في التبع
والمذهب الرابع هو سادته وجميع البرهان والاشكال والاشكال . . . وفيه لا تنطبق الا
بالاستدلال وعلى سبب الحقوق على حكيهما وعلمها هي واما المذكور في الدروس وهو
ظهور في اصلاح وهي الانتزاع عليه وهي البرائر انه الظاهر في البرائر وقد استدل في القول في
الاسلام الى سائر ما في المرسومة عين ولا اثر ويعلم ان في كلامه الاشارة الى النور في حقه
منه في الدروس كما سمع هذه كلمات الاصحاح (واما) الاخوة قد فعل في الدروس وهم قد فعلوا
نفسه من الحسين ثم قال ولكن في رواية علي بن مهزيار دلالة على الدور مع احدى دعواه في النور
عن المستقرى لانه ان تصرف كان معرضا للتبعض وان اهل انتزاع هذه الملك انتهى (قلت) قد استدل
ايضا برواية علي الدور المصنف في التذكرة والاشكال وولده واشهاد في الحواشي والروضة والاشكال
والشيخ الثاني ويعضده ايضا ان كانت فيها دلالة الاصل واصل الخلاف والشبهة العامة وسفوله وما
يظهر من التفتيح من دعوى الاجماع والخبر والعامة ان في احدى الشبهة لمن وثق وفي الثاني الشبهة
كحل العقال وتدوينه هذا في الدروس والاشكال وقد استدلوا ايضا بانها حق في علي التفتيح . . . انها
في بعض دون بعض وفي بعض العقود دون بعض ومن استدل بالحق في حقه لاستدلال انه
حكم (ح) بطلان الشفعة بعد مضي ثلاثة ايام ولو كانت على التراخي لم تبطل بنفسها كما قد لم يطالب اذ
ليس المطالبة اثر في بطلانها لانها سبب وجودها فلا يؤثر في عدمها وزاد في الايضاح انه لا بد من ارق
فلقول به احداث قول ثبت وهو باطل باجماعنا ولعله اراد ان التحسين بطل ذلك وعده امهات فزاد عن

الثلاثة يقتضي فورية الاخذ اما الرادة على الثلاثة فظاهر واما الثلاثة فلا قائل بها ولا بالاقل منها فينبغي التراخي مطلقا ولا بعضهم انها لو كانت على التراخي لم تبطل بضحي الثلاثة بل كانت تحتاج الى تجديد النسخ وهذا يقتضي بان الطالب في الخبر بمعنى الاخذ وقد اجاب المتوهمون من جهة القائلين بالتراخي بان التأخير ثلاثة ايام او دونها من دون عذر كما هو مورد الرواية ينافي الزورية العرفية التي اعتمدوها (ات) قد قال في الايضاح ان التأخير ثلاثة ايام للعذر وهو كذلك لان تخمين الثمن في الحال يتعذر في اغلب العادات فلو شرط احضاره في الحال ادى الى اسقاط الشبهة كما في التذكرة ثم ان المقدس اذ دبلي استدل باخوه على القول بالتراخي واجاب عن الاستدلال بهذا النور بما يرجع حاصله الى ان الحكم بطلان الشبهة بعد اللان له العلم بعدم ارادة الشنيع المطالبة بالشبهة عرفا وعادة واجاب شيخنا في الرياض بان الحكم بالبطلان المورود عدم قدرته على ادعاء الثمن وقال ان لم نقل بظهوره فاني ضده ما ذكره فلا ريب في انه اعلى ما ذكره غير دالة (قلت) من العجيب غلة الاستدلال والمجيبين عن مورد الرواية لانها انا وردت فيمن اخذ بالشبهة بقوله شئت ونحوه وطالب الا نظار بالثمن وقد تسالت اخضرم على العمل بضمونها في ذاك ومحل النزاع هنا من اخر الاخذ بالشبهة مع علمه بها اذا اراد بالمطالبة والطالب في الرواية قول المصنف وغيره يجب الطلب والمطالبة على النور ولو اخر بطل الاخذ بالشبهة لتضمنه الطلب كان يقول شئت ونحوه وليس المراد به في الرواية الطلب المعروف لوجوه تقدم بيانها منها انه ان كان مع اجتماع شرائط الاخذ نافي الزورية وان كان قبله لم يجب فالاستدلال بالرواية على ما نحن فيه من هؤلاء الاجلاء كالجواب عنه في نية القراءة الا ان تقول انهم يقولون ان المدار في بطلان الشبهة في الرواية على تأخير الثمن وان كان بعد اخذه فاذا كان تأخير الثمن ثلاثة ايام بعد الاخذ يبطلها كان تأخير الاخذ والتمن كذلك بل هو اولى لكنه انا في على المختار ان دفع الثمن جزء مملك واما على القول بانه يملك بالاخذ دون دفع الثمن فلا لانه قد يكون البطلان حينئذ مستند الضرر اللاحق للمشتري بسبب رفع يده عن ملكه وعدم وصول ثمنه اليه لا لمكان الثورية فيحتاج الى تجديد النسخ وجماعة ممن استدل بالحسنة قال انه يملك بالصيغة من دون حاجة الى دفع الثمن فليتأمل جيدا وكيف كان ففي باقي الادلة بلاغ لكنها قد تضعف اما الاصل فبالعمومات واما الضرر فانه يبر بضممان الشنيع الارش اذا امله حتى بنى وزرع ثم اخذ ونقض وقلع وان اريد به مجرد عدم الرغبة في التعمير فقد قال علم الهدى في جبرانه بانه يعرض المبيع على الشنيع ويبدل تسليمه اليه فاما ان يتسام او ترك الشبهة فيزول الضرر عن المشتري فان لم ينزل ذلك كان التفریط من قبله قيل وعلى تقدير عدم امتكان دفع هذا الضرر فالدليل اخص من المدعى الا ان تقول انه لا قائل بالنقل ولكن للنصم ان يقول ان ذلك انا ينزع حيث لا يمكن العكس فتأمل جيدا واما دعوى بنائها على التخصيص فان اريد بها العموم حتى فيا نحن فيه فاول ممنوع وان اريد انه ثبت في الجملة او فياعدى المسئلة فغير نافع فيما نحن فيه واما اخبارنا فعاميان كما في التذكرة وما وصنه في الدروس بالشبهة فقد يكون حل العقال فيه كناية عن الانتقال بمجرد الاخذ وان تخر فلا دلالة فيه واما الاجماع فانه معارض بمثله قال في الرياض واعتضاده بالشبهة غير نافع بعد ظهور انعقادها بعد الحكاية ومرجوحته بالموافقة للعادة وقال ايضا ان الشهرة معارضة بالموافقة للعادة (قلت) يدنع ذلك كله ان تم الاجماع المعلوم من المتأخرين والمنقول في ظاهر التنتيخ فضلا عن اجماع الخلاف المعتضد بشري التذكرة والروضة الطلقتين وكذا المسالك حيث نسب الى الشيخ واتباعه والتبع يشهد بذلك اذا المخالفون الذين رأينا كتبهم انما هم الذين لا يعملون الا بالقطعيات فهم معذورون على اصولهم واما ابو علي وعلي بن الحسين فانما نقل ذلك لنا عنهم وليس النقل كالعيان وما في الرياض من ان الشهرة المتأخرة عن حكاية الاجماع لا تجبره ولا تعضده فقير مسلم لانها كما توهمته اذا كانت مخالفة له فكذلك تجبره اذا وقصته كما حور في محله وقد تحرر في فنه ان الخبر العامي اذا نقله اصحابنا واستدلوا به انه يصح لنا العمل به ولا سيما اذا شهد مثل الشهيد باشتهاره

ومالك تقول ان اكثر هؤلاء لم يلتفتوا اليه قلنا اتصاء انهم لم يذكره على ان نحن لا نمنع ما عن العمل به مع اشتها القول بضمونه عند المتقدمين واطباق المتأخرين عليه وما احتلناه في معناه خلاف الظاهر وتضعيف الشهرة بتوافقة العامة ضعيف لان ذلك لنا هو في الاخبار والاقوال والشهرات حيث تتعارض لاحتمال ورود استر مورد التيقية او بناء القول او الشهرة على ذلك الخبر الوارد مورد التيقية لا في نفس الشهرة حيث لا تعارضها اخرى كان يتل هذه الشهرة ضعيفة لا تجبر سندا ولا دلالة ولا تؤيد اجماعا لموافقة العامة وان لم يعارضها اخرى سندا ان اجماع الانتصار معارضها لكن الاولى به حيث تضعيف اجماع اختلاف فقط لموافقة العامة على ان العامة يختلفون في المسئلة اشد اختلاف لان القول بانها على اتراخي ولا تستط الا بالاسقاط والتصریح بل لا احد اقوال الشافعية وتقول مالك وفي اقتطع عنه رويان احدهما انه يمتد الى سنة في والا للمستبري ان يرافعه الى الحاكم والزمعي قول خروجه اذا على الثاني كانت ص ولا يشك منه حكم وقد قل ابن المنذر هذا القول قول جماعة من أهل العلم واخر وهو انها تمتد دلالة في واصل ان الذي في خمسة اقوال وله في كل قول منها ما وافق وقد وافقه فيهما على النور ابو حنيفة وابن ابي ليلى وابن شريك وحكى ابو الحسن عن ابي حنيفة انه يمتد دلالة يوم وهو الحكمي عن ابن ابي ليلى وحكى عنه اي ابن حنيفة محمد انه على شفعته ان بعد الاشهاد وقيل محمد اذا تركها شهر بطلت وول ابو يوسف د مكنه ان يطالب عند التوقيف ولم يعل بطلت وعن الشعبي ان خياره يمتد يوم الى غير ذلك مما حكى عنه في الانتصار والمبسوط واللاف والاشارة والاشارة الضرر في الجواب عنه تعرض عليه انه ان يترك او يخل ايسر مجيد لان ايسر ذلك على المستبري منع الشايع ليس دوى من القول في نورية واستدح الشايع النفع المقتضي مع ان العرض ان يثبت في العلم بالعلم الشايع ان اذا علم بالانصر الاحق به اصل من حقه على ان النعمة ان كانت على الشايع في الشايع ان يقول الحق لي متى شئت خذته ولا املك الرأفة ما حله حالا فهذا من السبب الذي يور كى قاله الشهيد في جوابه ثم ان قوى ما يستدل به ان انخر ان هو اجماع الانتصار وعمومات الاخبار والاشارة والاشارة والاول معرض بطله وهو من مخالفة بعض من عاصره له واكثر من تخبر عنه وفي المتن وسادة الى ادال دعواه الاجم منوعة كى انك قد سررت في كلامه من الالام والتور وهو لاصل في هذا القول والثاني يخص ببيع دة النول الاخر وقد يعارضها اي العمومات اصل عدم النورية والاشارة والاشارة قد قروه ان البيع سبب في استحقاق النعمة والاصل ذبوت الشايع على ما كان عل لا يتسبب واجب عنه في المختلف رعاية الراد والاتباع والباب الرابع وكذا الايضاح ان المتبري انتم النعمة حدوث العلم باسبع لانه في حدوث يبطل في زمان البقاء واذا بطلت العلة بطل ما يلزم له لعلنا ان هل البيع سبب في استحقاق النعمة مطلق او في استحقاقه على الفور الاول ممنوع وهو على التام والثاني مالم وهو المطلوب سلم لكن الاستصحاب غير الالة سلمنا لكن مع معارضة عدم لا يرق ديدا وانتدبر في الايضاح في رده على ان الاستصحاب هو فيا يبق له ولعله اراد ان حق الشفعة ليس من لاداض القارة القابلة للبقاء وحاصله انه فوري او راد قلوه من ان الحدوث يبطل في وقتها والجميع كما ترى وقد قوى هذا القول في الانتصار بان لا يرق في اصول الشريعة وفي القول لا تدر بالامساك من طلبها كالوديعة والله فكيف خرج حق الشفعة من اصول الاحكام الشرعية والعالية واجبا بان لا نسلم ان مطلق الحق لا يبطل لا بطل ما ترك بل ذلك مختص بما عدى النورية والترك قائم بين الوديعة والشفعة يحصل الضرر في الثاني وانت خير بن الظاهر ان عرضه ان اكثرها لا تستط والشفعة يلحق بالالام الاغلب فيكون اصلا بمعنى الراجع وهو حجة ان العتل حكم عليه بحكم عام وهو قد ترجيح المرجوح على الراجع فاجواب منع العلة غير صحيح لانه غير وافق للواقع واعلمهم على بعد ارادوه بقوله ان مطلق الحق لا يبطل فيعين الجواب بان الاصل يعدل عنه الدليل وقد جعل في الارشاد المطالبة على الفور من

(استلغات نظر)

قدمت صحيفة ٣٦٣

صحيفة ٣٦٢ سهر الشايع الطبع فليد

ولو اهل المسافر بعد علمه السعي او التوكيل مع امكان احدهما بطلت ولو عجز لم تسقط (متن)

بإلافه في الضربين بل في كلامهم في مقامات آخر تصريح بخلافه فقد قال في التذكرة قبل ذلك بشائي قوئم لا يشترط في تلك الشفيع الشفعة بالشقص حكم الحاكم ولا حضور الثمن ايضا ولا حضور المشتري ورضاه عند علمائنا ثم اخذ في الاحتجاج على ذلك وقال ان الاخذ بالشفعة كالرد بالعيب لا يحتاج الى حضور المشتري ورضاه وقال ايضا لو لم يرض الى المشتري ومضى الى الحاكم لم يكن مقصرا في الطلب وقال في المبسوط بعد ما حكياه عنه بثلاث عشرة قائمة اذا وجبت له الشفعة فسار الى المطالبة على العادة قال قوم ان اتى المشتري فطالبه فهو على شفيعته وان تركه ومضى الى الحاكم فطالبه بها عنده فهو على شفيعته عند قوم وقال قوم تبطل شفيعته فان ترك الحاكم والمشتري معا ومضى فاشهد على نفسه انه على المطالبة بطلت شفيعته وقال ابو حنيفة لا تبطل ويكون على المطالبة بها ابدا وقال من خالفه انه غلط لانه ترك المطالبة مع القدرة عليها وقول ابي حنيفة اقوى لانه لا دليل على بطلانها انتهى (وحينئذ) فقد يقال ان الاشبه باصول المذهب لا اصول الباب واطلاق اخبار الباب وما حكاه في التذكرة عن علمائنا انه يكتبني بالاخذ فورا فيما بينه وبين ربه عز وجل لان الملك اذا كان يكتبني فيه القول اثر الملك اين ما وقع كالفسخ لذي الخيار ثم انه ينجز المشتري بعد ذلك في الضربين خصوصا مع العذر وانه يقبل قوله في ذلك كما هو خيرة . ولانا المقدس الاردبيلي وقد نفيد ذاك بما اذا لم يحصل ضرر على المشتري وليس بشيء لما سمعته من اجماع جامع المقاصد لان المستاد منه انه لا بد في التملك من حضور المشتري او وكيله ولانه على تقدير التسليم لا بد له من الذهاب اليه بنفسه او وكيله ان قلنا بكناية التوكيل كما يقتضيه اصول المذهب ليدفع له الثمن فورا ان كان علم بمقداره لان دفعه واجب فورا وبه يتم الملك على المختار وان لم يعلم بمقداره لا بد من الذهاب اليه كذلك الا يكون اخذه فاسدا عندهم وعلى هذا لا يتجه الجمع بين كلماتهم بان يقال ان الشفيع اذا اراد الاخذ من المشتري ليدفع عن نفسه ضرر الارش وعن المشتري ضرر نقض البنيان في بعض الصور فليبادر على مجرى العرف والعادة كما ذكرنا وان اختار الاخذ فيما بينه وبين الله عز وجل كان له ذلك . ما لم يتضرر المشتري بذلك فلياحظ ذاك (وقد) عرفت المراد بالطلب في كلامهم في المسئلة ونظائرها من انه الاخذ بالشفعة قولا او فعلا لكن لا بد من ان ينرق بين الطلب والتملك في المقام وبه تلتزم الكلمة بان يقال ان التملك بمعنى انشاء الصيغة لا يشترط فيه حضور المشتري ولكن لا بد له من الطلب اي السعي والذهاب لدفع الثمن او العلم بمقداره وقد جمع بين كلاميه في التذكرة بلا خلاف رأييه بان دفع الثمن جزء مملك او لا ولا ينبغي ما في اجماع جامع المقاصد من ان القائلين بالتراخي والقور مطبقون على وجوب السعي الى المشتري لان القائلين بالتراخي لم يأت واحد منهم بما يومي الى ذاك اصلا على ان الامر اذا كان على التراخي كان الشفيع ان يقول لا اسمي اليه اصلا وانا اذا شاهده اخذت بالشفعة (الخامس) انه يستفاد من كثير مما ذكرناه في المقام انه لا ينافي القورية العينية ان فورية الباب غير فورية غيره من الابواب وغير فورية الاصوليين فضلا عن القورية القوية ولها غير القورية المستفادة من قوله (ص) الشفعة كعمل القتال والشفعة لمن وائبا الا ان تقول ان القورية في الجميع واحدة والعذر لا ينافيها واعذار كل فورية بحسب متعلقها وياتي تمام الكلام عند شرح قوله ولو ترك لكثرة الثمن (قوله)

==*== ولو اهل المسافر بعد علمه السعي او التوكيل مع امكان احدهما بطلت ولو عجز لم تسقط *==

كما صرح بذلك كله في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمسالك وهذا هو القسم الثاني من الاعذار وهي التي لا ينتظر زوالها عن قرب كالتبية والمرض والحبس والاعتكاف وتبريض المريض فاذا اهل احدهم السعي والتوكيل مع تمكنه من احدهما بطلت شفيعته ولا يكون سنده ولا مرضه ولا حبه عذرا مع تمكنه من التوكيل فيه لمكان طول المدة وعدم المساعدة في مثله ولو عجز عن

وان لم ينفارق المجلس ولا تجب مخالفة العادة في المشي ولا قطع العبادة وان كانت مدبوبة
ولا تقديمه على صلاة حضر وقتها (متن)

شرائط الشعبة وفيه مساحة لان ذلك ليس من شرائط الاستحقة اني هو الشعبة بل هو من شرائط وقوعها
وعدم بطلانها (قوله) ... وان لم ينفارق المجلس ... هذا رد على ابي حنيفة حيث ذهب في جملة
ما حكى عنه الى انفسا على النور الا انه يتدبره بالجلوس بمعنى انه اذا اخرج لا لعذر لم تبطل شفعته ما
لم ينفارق المجلس وقد تقول في المسئلة فيا حكى عنه اقوييل كنه تقدمه (قوله) ... ولا تجب مخالفة
العادة في المشي ولا قطع العبادة وان كانت مدبوبة ولا تقديمه على صلاة حضر وقتها ... قال في المبسوط
اذ اثنى ... ان له المطالبة فهي على ما جرت العادة به فتمت دفعه وحوب الشعبة سار الى المطالبة على حسب
العرف ... فان لم يكن مشغولا بشي قد من وقته وان كان مشغولا بشي كالصلوة والطميرة والاكل
لحق ... وان كان وقت الصلوة قد دخل حتى يؤذن ويقيم ويصلي ويتطهر ان كان على غير طاهر وان
كان البلاغ ليل الحق يصبح ولا يلزمه ان يسير به بل يشي على سحبة مشبه ولا يستعمل فيه وان كان
قادرا على المجلة وان كان راكبا فلا يزكض ولا يعدو بل يسير على سحبة مشبه لانه هو العرف والعادة
ونحوه ما في الرابع والذكر والارشاد وكذا التحريم وغيرها ما اخبر فيه الزورية قل في الشرائع
تجب المبادرة الى المطالبة عند العلم لكن على ما جرت العادة به فلو كان مشغولا بغير صلاة واحدة او
مدبوبة لم يجب عليه قطعها وجاهله الصبر حتى يتم الى اخره ... وفي الارشاد والتحريم لا يمس تمناؤ
العادة والمراد بالوجوب الشرطي والاستتار في جامع المقاصد ان من الار التي يوصى بها العرف
والعادة كالاكل والصلوة شهود تشيع المومن والحارة ونحو حاجته وطالب الحاجة ويادة المدين وما
جرى هذا المجري مما لم تجر العادة للاعراض عنه وردت كان الاراض عنه موحا الطعن واستظهر ان
العجز عن التوكيل عند حصول هذه الامور غير شرط لعدم سقوط التمسك بالزمان وعدم عد ذلك في العادة
منافيا للنور ونحوه ما في الروضه وستسمع ما فيه (هذا) ويستناد من كلامه في اقامه اي في بيان
العذر الذي لا تبطل به الشعبة وانه ضربان ضرب يتنظر زواله عن قرب وهو ما سمعته وذهب لا يتنظر
زواله عن قرب كالارض والحس والقيية وهو ما سيق في امور (الاول) ان يتنظر زواله وحود هذه الاذمار
مع عينه كما صرح به في جمع المقاصد في اثنا كلام له واثار اليه في التذكيرة في المرض والحس والقيية
وينبغي الفرق بين ما لا يعرف الا من قبله وبين ما يمكن اقامة اليقينة عليه الا ان تقول ان الشنيع منكر
لانه موافق الاصل لان الحق ثبت له والاصل بقائه فالباقية على المشتري (الثاني) انه لا يشترط في الاخذ
حضور الشريك ولا الحاكم ولا العدلين الاصل وعدم الدليل بل قال في التذكيرة ان ذلك غير شرط
عند اصحابنا الا ما استسمع عن المبسوط والتذكيرة (الثالث) انه لا يجب عليه عند اشتغاله بهذه الامور او
حصولها له ان يقول اخذت بالشعبة ثم بعد زوالها يشي الى المشتري لانها لم يندبروا ذلك اصلا (الرابع)
ان ظاهر جمعة وحرر يوحى آخره ان هذا المشي الواجب عليه الذي لا يجوز التخلي عنه انه هو المشتري
فالصرح به المصنف في التذكيرة والشهيد الثاني في المسالك (وينبغي) من الباين ذلك انهم بعد ذلك
الامع حضور المشتري عنده ولم يمنعه اشتغاله عن مطالبة فانه ان ترك بطالت شفعته بل قل في جامع
المقاصد في النحل الرابع الظاهر انه انما يملك مع حضور المشتري او وكيله كما ان الطالب لا يعتمد به الا
مع حضور المشتري او وكيله ثم قال ان القوم مطبقون على وجوب السعي الى المشتري وانما لم ينفارقوا
جعلوه على النور انتهى (وستسمع) حل اجماعه هذا وقضية ذلك كله انه لا يمكن في الذرب الاول
الاشهاد ولا الحكم ولا الاخذ بينه وبين الله عز وجل ولا التوكيل ولو كان الشنيع اجل جليل فان تم
الاجماع فيا ذكره فهو الحجة والاصل يقضي بذلك في جميع ما ذكر لكن قد يقال ان العمومات تقضي

وان لم يشهد على المطالبة ثم تجب المبادرة الى احدهما في اول اوقات الامكان وانتظار الصبح ودفع الجوع والعطش بالاكل والشرب واغلاق الباب والخروج من الحمام والاذان والاقامة وسنن الصلوة وانتظار الجماعة اعدار الامع حضور المشتري وعدم اشتغاله بالطلب عن هذه الاشياء ويبدأ بالسلام والدعاء (متن)

الامر من مع لم تسقط شعنته لعدم التقصير وقال في جامع المقاصد ولا يخفى ان قول المصنف لو اهل السعي او التوكيل ليس يبيد لان البطلان يتحقق مع اهلها لا مع اهل احدها (قلت) قوله بعد مع امكان احدهما يدفع ما اورده لان مراده انه اذا اهل احدهما مع امكانه وامتناع الآخر بطلت شعنته ولا ريب في ذلك (قوله) = ٢٠٠ = وان لم يشهد على المطالبة = ٢٠١ = كما في المبسوط وما ذكر بعده آراء للاصل وعدم الدليل ولان فائدة الاشهاد ثبوت العذر وهو يثبت بما ياتي بل ظاهر المسالك الاجماع عليه وقال في الايضاح في النحل الرابع ان الاصل البطلان اذ لم يشهد لان الاشهاد قائم مقام الطلب فتركه كتركه وان الترتيب اعم من ان يكون لعذر او لا ولا يعلم الاول الا بالاشهاد والشعنة على خلاف الاصل اي فيكون المشتري مدعيا والمقدمة الاولى ممنوعة سواء اراد بالطلب السعي او الاخذ بالشعنة ويثبت العذر باقرار المشتري او عين النفع لان الاصل معه فلا اثر لتركه واصله معارض بالاستصحاب ومفطور بعمومات الباب فيتحيز الشنيع ونكرا فيقبل بينه (نعم) لو قلنا بان الاخذ بالشعنة لا يتوقف على دفع الثمن ولا يتوقف التملك على حضور المشتري امكن القول بوجود الاشهاد وفي كلام التذكرة في موضع آخر ما يدل على اعتبار الاشهاد قال لو لم يتمكن من المصير الى احدهما يز يد المشتري والقاضي ولان الاشهاد قبل يؤمر ان يقول تملك النفس او اخذته الاقرب ذلك لان الواجب الطلب عند القاضي او المشتري فاذا فات النيد لم يستطع الاخر وهذا منه بناء على ما سأل له في احد قوليه من انه لا يتوقف التملك على حضور المشتري ولا على تسليم الثمن (قوله) = ٢٠٢ = ثم تجب المبادرة الى احدهما في اول اوقات الامكان = ٢٠٣ = اي يجب الاخذ في الاخذ وقدماته من سعي او توكيل حيث يتوقف عليها على الوجه المعتاد لا المبادرة بكل وجه ممكن كما تقدم على المسافر ونحوه من اقسام القسم الثاني بعد زوال عذره وتكليفه من السعي او التوكيل فان امكنه السعي تخير بينه وبين التوكيل ولو تمكن من التوكيل فقط تعين ولو قصر او كمل في الاخذ لم يكن تفصيلا من المراكل (قوله) = ٢٠٤ = وانتظار الصبح ودفع الجوع والعطش بالاكل والشرب واغلاق الباب والخروج من الحمام والاذان والاقامة وسنن الصلوة وانتظار الجماعة اعدار = ٢٠٥ = وكذا انتظار الرفقة حيث يكون الطريق مخوفا ليصبحها هو او وكيله وزوال الحر والبرد المراتين وابس ثيابه وخفه ونحو ذلك مما هو من اقسام القسم الاول (قوله) = ٢٠٦ = الامع حضور المشتري وعدم اشتغاله بالطلب عن هذه الاشياء = ٢٠٧ = فانها حينئذ لاتعد اعدارا فتسقط شعنته وبه صرح جماعة كما تقدم التنبيه عليه (قوله) = ٢٠٨ = ويبدأ بالسلام والدعاء = ٢٠٩ = كما في التذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك لما رواه في التذكرة من قوله (ص) من بدأ بالكلام قبل السلام فلا تجزيه ولعموم الامر بالسلام وجريان العادة به وكذلك الدعاء المتعارف لانه لو ابتدأ بالطلب قبلها كان نقصا في حقه (فروع ذكرت في المقام الاول) لو جهل استحقاق الشعنة في الدروس وجامع المقاصد انه يبقى حقه ولا تبطل شعنته لعدم الدليل وعدم التقصير وكيفية في التذكرة وكذا الروضة بما اذا كان قريبا العهد بالاسلام او نشأ في بركة بين قوم لا يعرفون الاحكام وتردد في التحريز والاشبهه باصول المذهب ما في التذكرة كما ذكرناه غير مرة (الثاني) لو علم بثبوتها وجهل كونه على النور في الدروس انه عذر فيمن يمكن ذلك في حقه فيبقى حقه ونحوه ما في التذكرة والروضة لما سمعت وفي جامع المقاصد ان الظاهر السقوط وهو اوفق بالقواعد (الثالث) قال في الدروس والروضة ان النسيان عذر وتردد في ذلك في التحريز سواء نسي البيع او نسي المطالبة والاصح انه

وانما ياخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد فان كان مثليا فعلى الشئيع مثله وان كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي سواه كان مثل قيمة المشفوع اذلا. (متن)

ليس عذرا لان المشهور انه مقدور كتميناء في باب الرديعة (قوله) * * * وانما ياخذ بالثمن الذي وقع عليه العقد * * * هذا مما اتفق عليه النخبة والعامة طابعت بذلك عباراتهم وصرحت به رواياتهم فقد روى العامة عن جابر ان النبي (ص) قال هو احق به ما ائمن وفي خبر القوي هو احق بها من غيره بالثمن ولا مخالفة فيه للاعتبار وقوانين الشريعة الا انه يقال ان الشئيع استحقه بغير اختيار مالكة لحاجته اليه فكان يجب ان يستحقه بالقيمة كالمضطر الى طعم غيره وفيه ان المضطر انما يستحقه لمكان الحاجة من دون سبق معاملة مع المالك او الحاكم المرجع في دله حينئذ الى القيمة والشئيع استحقه بسبب البيع الواقع على العوض المعلوم فوجب ان يكون بالعوض التي تبيع ولو كان يستحقه وبالهبة والارث ونحو ذلك لربما اتجه ذلك والاصل في ذلك الاجماع والاخر وهذا بيان موافقة الاعتبار (قوله) * * * فان كان مثليا فعلى الشئيع مثله * * * فلا خلاف كتم في التلاف والمبسوط وغاية المراد والمساكن والمراد نفيه في الاولين بين المسلمين واجماعا كتم في المختلف والايضاح ودية المراد ايضا والمهدب البارع والتقيي وجامع المقاصد ومجمع البرهان وغيرهما ولا خلاف في ذلك بل قد اختلفوا في اعتبار الشئيع باخذ الشئيع بالثمن كما صرح به اخبار الطرفين كما سمعت وخصوصيات لشخص غير مرادة عالما قطعا فالمراد المثل لمساواته لما دفعه الشئيع في غلب الاوصاف والخواص واستمع الكلام في هذه الاخبار (قوله) * * * وان كان من ذوات القيم فعليه قيمته يوم العقد على رأي سواه كان مثل قيمة المشفوع او لا * * * اخذه بنهيته ان كان قيسيا خيرة المقتمة والبرور والكومي والغنية والسرائر والشرائع والتابع وكشف البرور والذكورة والارشاد والتبصرة والبرور والسعة والمتنصر والتقيي والمساكن والروضة والمتابع وفي السرائر انه الاظهر دين الاصل وفي التحرير والمساكن انه مذهب الاكثر وفي الاشياء المشهورة عليه عامة من تأخر واستعرف وفيه وفي البرور ان الاولين مشهوران منه قال ابو حنيفة والشافعي ومالك والقول بسقوط الشفعة خيرة الخلاف والرياسة والمختلف وجامع المتصاد وتعليق الاشادة الكفاية وهو ظاهر الايضاح وميل اليه في التحرير ومجمع البرهان وهو المبكي عن الطبرسي وقد يشعر به كلام النهاية والمهدب وقد سمعت انه قال في البرور انه الاول مشهور وانواعه اراد انهما معهما وانما كان ليدعي مخالفة ما يشاهد به بيان ودعوى انه ناعله وجب القول الاخر لحاجة لم تطلع بايهم لانه كثيرا ما يأتي في غاية المراد بان لم تقل ان كتبهم ولم تعرف انهم الا منه يدفعها انه في غاية المبالغة ان نسب القول الاخر الى الشيخ في الخلاف وان حمزة والطبرسي والمصنف في المختلف ولو وجدنا في هذه الكتب كما هو واضح وهذا ينفع فيما يأتي قريب وفي الخلاف الاجماع عليه وفي جامع المقاصد ان الرواية نص فيه ونحوه ما في التحرير وبه قال سواد الناصبي والحنن المصري ولا ترجيح في جامع الشرائع وعناية المراد ولا يظهر من المراسم وفتاوى الروندي شي من القولين ولا ترجيح لاحدهما فافهم العامة او مخالفتها لانه قد قل بكل قوم كما عرفت ونفى ابو علي الشفعة الا ان باقي الشئيع معين الثمن وقال في البرور ان في رواية هرون القوي به المما وفي الايضاح ان الاجماع على خلافه (حجة) الاول الاول عموم الادلة وقيم القيمة مقدم العوض المدفوع غالبا والعلقة او المحكمة التي استندوا اليها جميعا في مسددة مواضع على سبيل الحجج او التقوية به ويزيد نسبة البينة اعتدادا بالشهرة المعلوم والمأثرة مع فري المفيد به في المقعة التي هي متون اخبار وعمل من لا يعمل الا بالقطعات كآبي الصلاح وآبي المكارم وآبي عبد الله مع موافقة الاعتبار والا لذهبت الشفعة آخر الدهر لانه يضاف الى الثمن قل وكثر ومن النحوي وبذلك يتقوى الظن بعموم الادلة مضافا الى ما استغرفه من حال الخبر الذي هو الاصل في القول الآخر ووهن

اجماع الخلاف بمخالفته هو له في المبسوط المتأخر عنه ومخالفته بعض من عاصره كالنبيذ والتقي واكثر من تأخر عنه له (وحجة القول الثاني اجماع الخلاف والاختلاف المرسله فيه وما رواه النقيه في الصحيح والشيخ في الموثق وما حكى عن قرب الاسناد وفي الصحيح عن ابي عبد الله (ع) في رجل اشترى دارا بريق ومتاع وبز وجوهر قال ليس لاحد فيها شفعة واستدل عليه في المختلف بقول الصادق (ع) في الحسن الشفعة في البيوع ان كان شريكاً فهو احق بها من غيره بالثمن (وربنا) استدلل بالصحيح عن رجل تزوج امرأة على بيت في داره وله في تلك الدار شركاء قال جاز له ولها ولا شفعة لاحد من شركائها عليها وبان الاصل عدم التسلط على مال الغير الا في محل الاتفاق وبانها معاوضته غير مرضي بها فبطل وما يقال ان التراضي في الشفعة غير شرط لجوابه انه في المثل لا اثر للسفط وعدم الرضا لانه يبذل مايساويه في المصلحة بخلاف التيسر فان المشتري اذا بذل عرضه بازاء العين المطلوبة فاذا دفع عرضه اليه (قلت) اما اجماع الخلاف فقد عرفت الحال فيه واما اخباره فلا جابر لها وشهرة الدروس قد عرفت حالها سلمنا لكن الوجه في خبر الشهرة ان العاملين بالخبر وجدوا قرآن دلهم على صدقه وصحة العمل به ولما كان المشهور ايضا عدم العمل به مع روثيتهم له واعراضهم عنه الى العمل بالعمومات تضي ذلك انهم وجدوا قرآن ردتهم عن العمل به فحصل التعارض بالنسبة اليها فان اغنيا عن الترجيح قلنا تساقطا ورجع الامر الى انها كأن لم يكونا فلا جابر (واما) الخبر الاول فقد رواه مرتين كاشف الروز في رجل اشترى دراهم بريق ومتاع الذبر بل ظاهره انه لا يعرف فيها لنظر الدار فيها اصلا قال في شرح قوله في النافع وتيل تسقط الشفعة استنادا الى رواية فيها احتمال مانعه قال فيها احتمال لانها مقصورة على من اشترى دراهم بريق ومتاع وبز وجوهر فالتعدي الى غير ذلك من المحتس وكذا يشمل ان تكون الشركة في الدراهم انتهى وكلامه كالصريح في انه ليس هناك دار والا لما احتمل هذين الاحتمالين لانه لامناص له بينهما لان كان الخبر صحيحا ليس فيه فبا وجده لنظر دار وهو من العلماء المتقدمين الكبار ممن اذا قال يسمع فلا بد ان يكون قد تأمل وتبعم فقد حصل وهن في الخبر من هذه الجهة وفيه ايضا انه ليس فيه تصريح بان المانع من جهة الفية فجاز ان يكون نفي الشفعة فيه اما عن الجار لانه لم يذكر فيه ان للبايع في الدار شريكا او لكونها غير قابلة القسمة والحاصل ان المانع من الشفعة غير مذكور في الخبر واسباب المنع كثيرة كما قاله الفاضل المقداد وجماعة (واما) ما في مجمع البرهان مما حاذله من ان الظاهر ان السؤال فيها انا هو من حيث الشراء بذلك الثمن ولو كان المراد من السؤال معنى آخر ككون الدار لاشريك فيها وان المراد نفي الشفعة بالجار لما كان لذكر القيمة وجه ولكان حق السؤال التصريح بذلك بعبارة اخرى ترددي ذلك فقيه ان الظاهر المتبادر من الدار جميعا وان الظاهر من السؤال اذ كرت ونفي الشفعة فيها يشمل ان يكون مستندا الى هذا والى هذا فيحتمل ان يكون تجوز بالدار اعتادا على قرينة حالية ويحتمل ان يكون اراد بيان حال المشتري في السؤال وانه تكلف ودفع في ثمنها ما يتقدر عليه وما هو تحت يده ولذلك خلط في السؤال بين الخاص والعام معرضا بشكاية حاله وان جاره يريد ان يشفع فيها اخذا بقول ابي حنيفة والثوري وابن شبرمة وابن ابي ليلى الذين هم قضاة الكوفة في عصر علي بن رناب فقال (ع) لاشفعة لاحد عليها غير متق منهم لمخافة عمر وعثمان وسعيد بن المسيب ويحيى بن سعد الانصاري وربيعه المشهور وغيرهم لم ولعل هذا اظهر لان الاصل عدم القرينة الحالية على ان المراد بالدار بعضها سلمنا فلاقا من ان يكون مجعلا سلمنا الظهور لكنه لا يتقوى على معارضة العمومات المعتمدة بما عرفت على انه لو كان كذلك ما اعرض عنه المظم بل ما رأينا احدا استدلل به تصريحاً بقبل المصنف في التحرير والمختلف وقد سمعت ما في النافع من ان فيه احتمالا وكلام كاشف الرموز والشيخ في الخلاف قد يكون اراد غيرها فالرواية التي هذا حالها من اختلاف المتن واجمال الدلالة واعراض معظم الاصحاب عنها مع صحة سندها قلة وقوته اخرى وتعمدها في الجوامع العظام كيف يستند اليها ويدعى انها نص في الباب ويعرض بها عن تلك الأدلة

ولا يسقط عنه ما يحمله البائع وان كان في مدة الخيار ويسقط ارش العيب ان اخذه المشتري ولو كان الثمن موقفا فلا للشفيع الاخذ كذلك بعد اقامة كفيل اذا لم يكن مليا (متن)

قائدة في حال التعليق حيث يكون للبائع خيار ولا في حال التزلزل حيث يكون الخيار للمشتري على ما في الخلاف (قوله) = «ولا يسقط عنه ما يحمله البائع وان كان في مدة الخيار» = كافي السرائر والشرائع وجميع ما ذكر بعدها في المسئلة المتقدمة اعدا الارشاد فانه لم يتعرض فيه لهذه وظاهر الابضاح الاجماع عليه حيث تال عندنا والمخالف في هذه ايضا الشيخ كما عرفت (قوله) = «ولا يسقط ارش العيب ان اخذه المشتري» = كما في التذكرة والارشاد وجامع المقاصد وجمع البرهان المراد ان ارش العيب من الثمن عن الشفيع اذا اخذه المشتري من البائع ووجهه انه جزء من الثمن فاذا اخذه المشتري كان و. ايبقى بعده واما اذا اسقطه ولم ياخذ الارش فله الاخذ بجميع الثمن لا يهدف الارش او ان كان بحالة لا لال الثمن حينئذ قد صار ما وقع عليه العقد من غير نقصان وبه صرح في الارشاد وغ. ودينرق في ذلك بين كون الثمن في معاملة الاجزاء او في مقابلة المجموع لانه بعد رضاه بالعيب يجب ان يكون مليا وهو بما لا خلاف فيه (قوله) = «ولا كان الثمن موقفا فلا للشفيع الاخذ كذلك بعد اقامة كفيل» = ان لم يكن مليا = كما في المقنعة والنهاية والمهذب والغنية والسرائر والشرائع والنافع وشف الرموز والتذكرة والسريخ والارشاد والمختلف والايضاح والدروس والمتنصر وجامع المقاصد وكذا مجمع البرهان ولعله قد يظهر من التفتيح والمهذب البار والمسالك وهو قول الاكثر كما في جامع المقاصد والاشهر كما في المسالك وعليه عامة من تأخر كما في الرياض وقد يلوح من جامع المقاصد الاجماع حيث قال والذي صرحوا به وفي الخلاف نسبته الى قوم من اصحابنا وهو يرشد ان به قبلا غير المفيد ممن تقدم عليه وبهذا القول قال احمد ومالك والشافعي في التذمة وفي المقنعة تنبيه الفقيه الذي هو المراد من الكفيل في العبارة وغيرها اذا كان بقية وفي التذكرة تقييد الشفيع الملي بكونه موثوقا به وبعبارة المختلف في جوابه عن حجة الشيخ كما استمع قد تعطي انه متى طلب المشتري من الشفيع ضمينا اجيب اليه واستوجه في جميع المقاصد او كان به مصرح وفي الفقيه ان هذا لا ينزع على مذهب من قال من اصحابنا ان حق الشفعة لا يسقط بالتأخير وهو من نال ر. والنفات الشيخ في الخلاف والبسوط وابو علي والطبرسي فيا حكى عنهما فقالوا ان الشفيع يتخير بين ان يأخذ بجميع الثمن حالا او يصبر الى انتضاء الاجل او يأخذ بالثمن في وقت حلوله وبه قال ابو حنيفة والشافعي في الحديد وقال في الخلاف ايضا ان اذكره في النهاية قوي ولا ترجيح في الكثرية وذهب في الرياض الى انه يتخير بين الامور الثلاثة ان لم يكن احداث قول ثالث وستعرف انه ليس شي ولانه احداث قول ثالث حجة الاولين ان الشفيع يتزاول المشتري وليس المشتري اكثر من حقه لا قدرا ولا اجلا ولكن ان لم يكن الشفيع مليا كان له ان يطلب منه اقامة ضمين وان لم يكن البائع قد اخذ منه ضمينا لمكان قهره وخوف ضرره ونظرهم في ذلك الى حسنة النوي فانها قد دلت على استحقاق الشفعة بالثمن والمراد المثل قطعا وانا نتحقق المثلة بالمساواة في الاجل لانه له قسط من الثمن وهذا يدل على عدم وجوب تعجيل الثمن على الشفيع هنا للعذر (واما) الزورية في اخذ الشقص فانما صارت من ادلة النور واحتمال ان مراعاة مال المشتري وثمة عن الرهاب عذري وجب الاخلال بالنور ولهذا لم يعمل الشيخ في خلاف والبسوط الاخلال بالنورية هنا موجبا لسقوط الشفعة وهو ممن يرى فيها انها على النور فمدفوع بانما تجمع بين الحقين فزاعي النورية بالزامه اخذ الشقص نور او زاعي حفظ مال المشتري عن الذهاب باخذ الكفيل منه مطلقا او مع عدم الملازمة فكان مذهب الاصحاب متوجها على القول بالنورية ويجب على القائلين بالتراخي كصاحب الفقيه وصاحب السرائر ان يقولوا بمقالة الشيخ وبذلك يظهر لك ما احتج به في المختلف وتبعه الجماعة بقوله ان حق الشفعة على النور فذلك

وليس له الأخذ عند الاجل على رأي ولومات المشتري حل الثمن عليه دون الشفيع (متن)

الطلب الى الاجل تخيير الطالب وهو مستقط الشفعة واداء الثمن في الحال زيادة صفة في الثمن وهي غير واجبة على الشفيع فانما يتناول الثاني يستلزم حر المحذورين اما استقاط الشفعة على تنفيذ ثبوتها او اتمام الشفيع بزيادة لا موجب لها وكلاهما باطل ببيان الملازمة انما جردناه التحريم الاول وهو باطل لما تقدم من انها على النور وان لم تجوز له ذلك الزمان بزيادة صفة هي تعجيل الثمن من غير موجب انتهى اذ فيه ان تجوزها احد الامرين على التعيين غير تجوزها على التخيير وانما رقب ذلك بالتخيير فله عليه ان يخذ عند الاجل مراعاة لمشتري وهي عذر وان يخذ حلالا ولا يكون هو المستقط حقه من التحصيل وليس ذلك الا ان تقول له خبره بين ما تقول ابدا او الزمان به وهو قس دانه بغير دينه تفوته وبين الامرين الاخرين لانه اذا ارجح له تعجيل الاخذ وعسير الثمن ارجح له قطعا تعجيل الاخذ واقامة الكفيل وذاك سطره كـ في الرضا من اجل كونه قولاً لا فاعل في الملزمة التي قطعنا بها واداء الزمان لا يقول فانه يقول لا يلزمي ذلك لان التخيير هو من حيث هو لم المشتري والاداء لا يتنافى في الزمنية فهو ما يبر عنه دين لا يورث الاثمة وحجب الزمان لا يمتنع من غير بيان الوجه في الكفيل فكان الكفيل كونه على الثمن فاداءه صفة الحصة والازمان من ايمان في اقامة الكفيل حرم دين الحظير كما ذكره ولا يكفك تعجيل الرضا الا ان تقول ان ذلك مراد في التخيير لانه لا يورث ذلك فحواصة الشفيع حـ (قال) احتج في حاشي ان الشفعة قد وجبت دون الشفيع والشفعة لا تقضى سوى موجب عليه الثمن حالا او بعد الى وقت الحلول فينبط له بالشفعة مع الثمن والخوف لا يبرمه من عدمه وقد وى المدعي ثبوت احد الامرين لا يمكن الرضا من اثنين انتهى فاعلم (وهذا) ذلك كله فذكر قال ان الرضا في الشفيع على ان الحفظ قواعد الباب ان قول الشيخ قرب اصوب لان الشفيع اذا كان لا يملك الاداء بصفة مدعيه الحصة ومن عليه الاداء فيهم وان لا يجب على المشتري التسليم لا بعد ادائه الثمن كان لنا ان نقول الشفيع اذا ردت الثمن في الحال فادفع الثمن الا ان وان قلت لا يلزم ذلك لانه صفة والتأجيل عذر والتأجيل حتى يفضى الاجل ولا ضرر على المشتري في شيء من ذلك وما ربه على هذا القول من فاق بمسئلة على صغر سنه على الشيخ الكرمي من فحول الرجال وذلك من ربه في كل زمن (والجواب) ان الشفعة المأخوذة من الزمان لا يبرق خوف من ضرر النسبة لاحتماله في بعض الاحوال الى مسئلة حسب المرافقة ونحوها وفي هذا تعجيل ما به وتأخير ما به من ضرر النسبة ولا يتبع ان من الرضا لانه ان يادى بان يرفع الاحالة في شقس قيمته فانه قد اشترى الى احوال ربه او يمنع من التسليم في شقسه والمشاورة مع الاحوال على بعض الاحوال وفي هذين من الضرر الذي لا يكاد يحل وهو ان الشفيع قد ادفع الشفعة ونظر المذوق الى اخير المشهور لا يدرك كنهه لا يترك كله وقد استدلوا به في مسئلة راضع فتولية الاخذ الصيغة ممكن والاخذ الثمن الكفيل الى اجل حلالا منه مشروعية الشفعة فاخذوا ما يمكن تركوا لا يمكن حامين من الحظير ومنه ان التخيير ولاذنه على احد في الدين والملازمة كونه ثبت يقد على اداء الثمن بحسب حاله وحاصله ان المدار على العرف كهر التخيير في ملازمة ولي الطال في باب المسكوة وقال جماعة هناك كانا ذل الميضي وتلميذه اي الشفيع الثاني ان يكون له مال مقداره الخصة من الطال فانما من المستثبات في الدين وعن قوت يومه ولية ونحوه الواجب الثقة وقد قلنا فيه ان قوت اليوم متجدد يومه فيوما لكنه لا يبد هذا وقد تحدث امور اخرى من الخدش الا ان يشترط مقداره ذلك فادفع ذلك قد يلزم مال في ذمته دفعة واحدة بحيث يستغرق ماله (قوله) = * وليس له الأخذ عند الاجل على رأي كـ اشار بذلك الى خلاف الشيخ ومن واقفه كما حرفت (قوله) = * ولومات المشتري حل الثمن عليه دون الشفيع كـ = يعني لومات المشتري في المسئلة يعني حيث يكون الثمن عليه وحلا فان الثمن

ولو باع شقطين مع شريكين لواحد صفقة فلكل شريك اخذ شفعة خاصة ولو اتحد الشريك فله اخذ الجميع واحدهما ولو ترك لتوهم كثرة الثمن فبان قليلا او لتوهم جنسا فبان غيره او كان محبوسا بحق هو عاجز عنه او بباطل مطلقا وعجز عن الوكالة او اظهر له ان المبيع سهام قليلة فبانث كثيرة او بالعكس او انه اشتراه لنفسه فبان لغيره او بالعكس او انه اشتراه لشخص فبان انه لاخر وانه اشترى الكل بضمن فبان انه اشترى نصفه بنصفه او بالعكس او انه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه مع غيره او بالعكس لم تبطل شفעתه (متن)

يحل عليه لان الميث اذا مات حلت ديونه فيبقى دين الشئيع للمشتري مؤجلا وبه صرح في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد كل على مختاره في المبسوط اذا مات المشتري حل الثمن عليه وكان الشئيع مع وارث المشتري باختيار انتهى ويحتمل حمله على الشئيع لان تأجيله مسبب عن تأجيل ما على المشتري وفي جامع المقاصد انه ليس بشي واذا مات الشئيع حل الدين الذي عليه وقد نص عليه في التذكرة والتحرير والدروس (ناه) - * واذا باع شقطين مع شريكين لواحد صفقة فلكل شريك اخذ شفעתه خاصة * لان الشئيع الآخر بالنسبة اليه غير مشفوع فكان كما لو ضم الشئيع الى غير الشئيع (قوله) = * ولو اتحد الشريك فله اخذ الجميع واحدهما * = ي زيد انه اذا باع شقطين من دارين وكان الشريك واحدا فيهما فله اخذ الجميع واحدهما لان الشركة في كل واحد من الشقطين بسبب مغاير الشركة في الاخر فلا تكون الشركة فيهما واحدة ولا اثر لاتحاد الصفقة في ذلك فان حقه في احدهما غير شائع في حق الاخر من الاخر بلاف الادار الواحدة فان سبب الشركة فيها واحد وحته فيها شائع وبنا في الكتاب صرح في المبسوط والدرائع والتحرير والدروس وجامع المقاصد والمسالك وحكى في المبسوط عن العامة قولان ان في المسئلة وجهين (احدهما) ما عرفت (والثاني) انه ليس له ذاك لانه اخذ بالشفعة بعض ماوجب له بها فلم يصح كما لو كان الشقص واحدا فاخذ بعضه وترك بعضه فانه لم يصح والاصحاب لشدة ضعفه لم يذكروه احتالا واو على بعد (قوله) = * ولو ترك لتوهم كثرة الثمن فبان قليلا او لتوهم جنسا فبان غيره او كان محبوسا بمحق هو عاجز عنه او بباطل مطلقا وعجز عن الوكالة او اظهر له ان المبيع سهام قليلة فبانث كثيرة او بالعكس او انه اشتراه لنفسه فبان لغيره او بالعكس او انه اشتراه لشخص فبان انه لاخر وانه اشترى الكل بضمن فبان انه اشترى نصفه بنصفه او بالعكس او انه اشترى الشقص وحده فبان انه اشتراه مع غيره او بالعكس لم تبطل شفעתه * = هذه المثل قد ذكرت كلها في التذكرة وجامع المقاصد وذكر بعضها في موضع من المبسوط والدرائع وبعضها في موضع آخر وذكر بعضها في التحرير والارشاد والمسالك ومجمع البرهان وقد عتد لها ضابطا في المبسوط قال وجهته ان الشئيع من بلغته الشفعة ولم يخذل الغرض صحيح ثم بان خلاف ذلك لم تسقط شفעתه وبغناء ضابط جامع التماسد قال كل امر لو ظهر له وقوع البيع عليه والغرض الصحيح قد يتعلق بغيره فتبين خلافه فالشفعة بطلت لا تبطل للعذر وفي المسالك ان مرجع الجميع الى كون التأخير لغرض صحيح او عذر مقبول لا يخل بالنورية المعتبرة انتهى فتأمل (قلت) حاصل مراد الجميع ان التأخير في الاخذ بالشفعة لا يفسد بالنورية حيث يكون للعذر واضح كالحبس ونحوه او يكون للعذر ليس بتلك المكانة من الوضوح كالحمل بخصوص البيع الواقع على وجه قد يتعلق بغرض الشئيع بغيره وبكون ذلك الغرض امرا متعودا للعقلا فان الجهل بذلك عذر والعذر مستثنى من ادلة النور بالاجماع والعقل وان تناولته اذ الاصل فيها الاصل والاجماع والخبران النبويان كما تقدم فلو ترك الشفعة لتوهم كثرة الثمن لوجود اشارة توهم ذلك فبان قليلا فالشفعة باقية لان اقله الثمن مقصودة في المعايضة

ولو اظهر انه اشتراه بضمن فبان انه اشتراه باكثر او انه اشترى الكل بضمن فبان انه اشترى به ببعضه بطلت شفعته وتصرف المشتري قمل الاخذ صحيح فان اخذه الشفيع بطل فلو تصرف بما تجب به الشفعة تخير الشفيع في الاخذ بالاول او الثاني (متن)

وكذا لو اعتقده دفنير فظهر دراهه فترك او انعكس لان الغرض قد يتعلق بجنس دون جنس احرار والة حصواه بالنسبة اليه ونحو ذلك وكذا لو كان محبوبا لمحق هو عار منه لانه معزور في ترك العسر ملاف القادر فان التخب من قله ان يمس عليه دفع حلق لغرض من الحبس او كان الحبس له سبب دال وان كان قادرا عليه لكان يستطير في الحبس عجزه عن الزكاة فان تصرف في الزكاة فلا شفعة له ولو وكل مع غيره يثق هر قادر عليه فاشفعة له اذ لا تنصح وكذا لو اظهر له مظهر ان البيع قليل فمأر دلا لا لان الغرض قد يتعلق بالكثير وكذا عكسه وكذا لو اظهر انه اشترى لنفسه ان انه اشترى لغيره فكذلك لان الغرض قد يتعلق بالآخر ومن شتى دون اخر ومثله العكس ولو اظهر به اشترى لنفسه وحده بالضمن فبان انه اشتراه مع غيره فكذلك لان الضمن حينئذ يكون اقل والغرض هو ما في بدات ومثل ذلك ولو ظهر انه ما من حين فترك ثم ما من حين دور انعكس اليه ولو ما من اعمه الى شهر فترك فظهر به الى شهرين وهكذا لادلاف الغرض ذلك ان (قوله) ولو اظهر انه اشتراه بضمن فبان انه اشتراه باكثر او انه اشترى الكل بضمن فبان انه اشتراه ببعضه بطلت شفعته وتصرف المشتري قمل الاخذ صحيح فان اخذه الشفيع بطل فلو تصرف بما تجب به الشفعة تخير الشفيع في الاخذ بالاول او الثاني (متن)

المبسوط والذكر والحرير وجامع المقاصد في التذكير والذكر والحرير والروس واللمعة والشمع والقصد والمساك والكناية وهو قضية كلام الباب وغيره الى الظاهر ان في اعمه والعامه الى ذلك كما ينبغي من التذكير والمساك ولم يذكروا خلاف الا عن ابن شهاب لانه واقع في المسألة لانه لما كان مستقلا وثبت حتى التملك للشفيع لا يمنع السامى من التصرف كما ان حق التملك للزواج لا يمنع من التصرف ولا يمنع التمسك من التصرف وكما ان حق التملك للزوج لا يمنع الزوج من التصرف وبطلان شريش الى ان الشفيع حلف لا سبيل الى اطلاله فاشبهه حق المرتبة وهو قس وبيع التي (قوله)

من اخاه الشفيع بطل (قوله) كما هو قضية كلام جميع الكتب المشتملة على هذا هو دليل على ان

ستمع بل لم يذكروا خلافه الا عن المروى لان حق الشفيع ثبت عند اطلاقه ولا يمنع من اطلاله ثم ان تصرفه يقع على نوعين أحدهما تثبت فيه الشفعة كما في البيع الثاني ما لا تثبت فيه الشفعة كما لو قبض ونحوه كى في بيان الحل فيهم ونظر المروى الى ان التصرف بالشفعة صحيحا ثبت الشفعة باطله لمنافاة صحته لانه لا تجوز لانه تصرف بطل الشفعة فلا يثبتها وفان تصرفه واحد وان حادرا لسبق الحق ووجود المقتضى (قوله) فلو تصرف بشفعة ثبت له الشفعة ثم الشفيع في الاخذ بالاول او الثاني

كما في المبسوط والمذهب والشمع والتذكير والتحرير والروس واللمعة وجامع المقاصد والمساك والروضة والكناية والمآبيح ومعناه انه اذا نعه المشتري قبل ان يخذ الشفيع لشفعة تجب في الاحد بالبيع الاول او الثاني لان كلاهما سبب تم في ثبوت الشفعة فالتعين الى اختياره وصداك الحل وزادت العقود بين الاثنين فان اخذ بالشمع الاول دفع الضمن بطل التأخر مطلقة وان اخذ بالاحد اخذ بشفعة وضح السبق مطلقا لان الرضا به يستلزم الاخذ السابق عليه وان اخذ بالتوسط اخذ بشفعة وضح ما تقدمه وبطل ما تأخر منه ولولا ان ظاهر من ما تقدمه فيه لكان لاقتصار على لاخذ البيع الاول اوفق للاصل فتأمل وتصوير ذلك وتبيينه في كلامه اخص

فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلاثين فان اخذ من الاول دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلاثين والثاني على الاول بعشرين لان الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده وكذا الثاني ولو اخذ من الثاني صح الاول ودفع عشرين وبطل الثالث فيرجع بثلاثين ولو اخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلاثين ولو وقفه المشتري او جملة مسجدا او وهبه فالشفيع ابطال ذلك كله والثمن للواهب ان ياخذه ان لم تكن لازمة (متن)

(قوله) «فلو باعه المشتري بعشرة بعشرين فباعه الآخر بثلاثين فان اخذ من الاول دفع عشرة ورجع الثالث على الثاني بثلاثين والثاني على الاول بعشرين لان الشقص يؤخذ من الثالث وقد انفسخ عقده وكذا الثاني ولو اخذ من الثاني صح الاول ودفع عشرين وبطل الثالث فيرجع بثلاثين ولو اخذ من الثالث صحت العقود ودفع ثلاثين» هذا كله في ذنبه ظاهر لا يحتاج الى بيان وستسمع ما فيه وقوله بعشرة متعلق بالمشتري وقوله بعشرين متعلق بباعه (قوله) «ولو وقفه المشتري او جملة مسجدا او وهبه فالشفيع ابطال ذلك كله» كما صرح بذلك كله في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمساك والروضة وهى قنية اطلاق الدروس واللمعة والكفاية والمناتيح وفي المبسوط الاجماع على انه له نقض المسجد ان كان قد بناه مسجدا او اخذه بالشفعة واقتصر في الخلاف والشرائع على ابطال وقته وجعله مسجدا ولم يذكر الية قال في المساك انه في الشرائع اراد التنبيه بذلك على خلاف بعض العامة حيث حكم بعدم نقض الوقت وآخرين حيث حكموا بابطالان تصرف المشتري ويستند الاصحاب في ذلك الى ان حقه اسبق فكان احق كما سبق (قوله) «ولو واثن الواهب ان ياخذه ان لم تكن لازمة» يريد ان للراهب ان ياخذ الثمن لان له ان يرجع في اصل الية ان لم تكن لازمة فله ان يرجع في ثمن الموهوب قال في جامع المقاصد ومقتضى كلامه هذا انه ان لم يرجع كان الثمن المتهب (قلت) هو خلاف ظاهر الاكثر وخلاف صريح التحرير والمساك والروضة فان فيها الجزم بان الثمن للمشتري الواهب لا للموهوب وصرح في الاخرين ايضا بدنه لا فرق في بطلان الية بين الذمة وغيرها ولا بين الموهوب عنها وغيرها وقال في جامع المقاصد ايضا ان كلام المصنف هنا قائم على تقدير ان يكون الاخذ بالشفعة غير مبطل للية لان الاخذ انما يكون بالبيع السابق ومتى كان الاخذ به امتنع الحكم بصحة التصرف الطارىء عليه ولهذا لو كان تصرف المشتري بالبيع حكما بانه ان اخذ بالبيع الاول بطل الثاني واسترد المشتري الثاني الثمن (قلت) لنا ان نزول بعدم الجزم بصحة العقد ينبغي ان تجري على النواع وان نفتقر في الابطال على محل الحاجة وما يجمع به بين الحتين في الرقعة لا بد من ابطاله بالصلية والابطال في غيره كالبيع والهبه ابطال اختصاص المشتري الثاني والمتهب بالعين لا الثمن والناذرة في المتهب واضحة وتظهر النافذة في البيع فياذا كان اشترى الشقص بعشرين وباعه بعشرة ثم فسخ الشفع فان العشرين تكون للمشتري الثاني والمتهب كما ياتي وكلام الجماعة ما عدا المصنف هنا وفي التحرير لا يابى ذلك ثم انا لا نجد فرقا بين الهبة والبيع فلا وجه لتفرقة المصنف هنا بينهما ومقتضى القواعد والجمع بين الحقوق هو ما قلناه وقال في جامع المقاصد ثم انه كيف يتصور كون الاخذ من المشتري والدرك عليه مع بقاء الهبة وثبوت ملك المتهب (قلت) هذا كما يكون منافيا كما ذكره في الهبة الجائزة فهو مناف لما ذكره من الاشكال في الهبة اللازمة وقد يقال ان ما استبعده قد وقع له فلتاثر كاللفظة اذا تصدق بها بعد الحول قال ولوقيل بان النسخ من احد الجانبين خاصة وهو جانب الشفع دفعناه باقلناه من اقتضائه ذوال الدرك من المشتري وهو باطل ولان النسخ نسبة فلا تعلل من احد الجانبين (قلت) سيأتي مثله عن الشهيد في الاقالة قال وفيه مناقشة اخرى وهي انه على ما ذكره في الهبة الجائزة من ان له الرجوع بالثمن نظرا الى انه ان يرجع في الاصل يجب ان لا يكون له الرجوع بالثمن في الهبة اللازمة لانقطاع حقه منها (قلت) ستسمع استشكله

والا فاشكال فان قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضا والا تخير بينه وبين الثمن فان تقايل المتبائع ان اورد بميب فللشفيع فسخ الاقالة والرد والدرك باق على المشتري (متن)

في ذلك قال والحاصل ان الاخذ بالشفعة اما ان يقتضي ابطال الية فالثمن الواهب وجه واحد او لا فالثمن للمتهب مع الزوم وجه واحد وبدونه يتخير (قوله) والا فاشكال كما في وان كانت الية لازمة في كون الثمن الواهب او المتهب اشكال ينشأ من طللان الية بالاخذ لسبق حق الشفيع ومن انها قد لزمت من جهة الواهب فيمكن اخمع بين الحقين اذ حق الشفيع انه هو في العين ولا شغل له بابطال الية من رأس فياخذ العين وتبقى الية برأها ويكون الثمن المتهب ويكون المراد من الابطال ابطال اختصاص المتهب بالعين لا ابطال اصل الية وهو خيرة التذكرة والايناح وفي الخواشي ان النقول ان الية ان كانت لازمة يكون الثمن للموهوب له مطلقا وكذا اذا تصرف لغيره اندصرت لازمة انتهت وفي جامع المقاصد انه ليس بشي وان الاصح ان الية تبطل في الموضعين ورجع الامر كما كان لان الشفيع لا ياخذ بالبيع الاول من المشتري والرد عليه والثمن حق له وهو حقون الشفيع وثمة تنافي بقاء الية وهذا الاشكال ضعيف جدا انتهى فانه ليس هناك الا حق واحد وهو ان الية انما وقد جعله مستسكا في هذه المقامات مع انه يمكن ان يقال ان الدرع اشتهر له عليه بتهمة كبريات له الاخذ منه قهرا حيث لم يستدنه ولم يستمره او لم يسل ولا فقد يقتضى الاخذ منه فانه ان يكون الدرك على الباع والترض ان الامر يس تلك المكانة من النصف بعد ما سمعته من الزار والسيد (قوله) فان قلنا به رجع المتهب بما دفعه عوضا والا تخير بينه وبين الثمن كما يريد ان قلنا يكون الثمن للواهب فان كان المتهب قد دفع عوضا لدية فقد فات العوض فرجع به وان قد كثره للمتهب تخير اي المتهب بينه اي بين العوض وبين الثمن وان بفسخ الية ويرجع العوض انوات له هب الذي هو بدل العوض او يبقيا فيخذ الثمن لانه حقه روه الية من طرف الواهب وينبغي ان يسل في الاول اذا كان عالما انه يؤخذ بالشفعة بل اذا كان جاهلا ولم يعرفه البائع الا ان تقول ان الجاهل قال في جامع المقاصد وقد عرفت ضعف ذلك صله وما زاد في الايناح على تفسر الله به فترفت الاصح عنده (قوله) فان تقايل المتبائع اورد بميب فللشفيع فسخ الاقالة والرد والدرك باق على المشتري كما انه لا فسخ الاقالة اذا تقايل المتبائع فقد صرح به في البدوا والباب والوسيلة والسرائر والسرانح والتذكرة والهجرية والارشاد وشرحه له لده والدروس واللمعة وجامع المقاصد والمسالك والروضة وجميع البرهان والكفاية والمزيج لسبق حق الشفيع على حق البائع من حيث ان الشفعة استحققت بالشراء والتقيل لاحق العتد فتقدم الشفعة له فسخ الاقالة والاخذ من المشتري بدية من الشفعة ويعود الدرك على المشتري وقد يقل بتقديم الاقالة وليس تخفيض دليها بنفسه صورة الشفعة ول من العكس بل العكس اولى لعدم اختلاف في الاقالة الا ان يقل غوازا لاخذ من البائع بالافاقية وت الشفعة وعدم المنااة بينها وبين الاقالة فكان البائع قد ارتكب استحقاق الاخذ منه الاقالة ولا يضر ثبوت اخذ الشفعة عنده من الشفري في غير هذه الصورة بل الاخبار خالية من الاخذ من الشفري بل هي ظاهرة في الاخذ من البائع وسيأتي الحذف الحزم بين الشفيع وخذ من البائع فاما اذا تنازل المتبائع في قدر الثمن وتنازل وقال الشيخ في اختلاف الشفيع وخذ من البائع فاما اذا ادعى البائع وانكر المشتري وحاب فالاخذ من البائع ليس ببدع كما ياتي ومع ذلك فقد يتألم ان الشفعة تبطل وقضية السجد بالاجمع وغيرها كما تقدم لسببها فكيف لا تقدم على الاقالة مع وجود العلة ثم ان الاخذ من الشفري واضح قد ادعى عليه الاجماع في القنية والسرائر لانه المالك فلا ينسب الى غيره عليه في الاخبار (ويستمع) ما في هذا الاجماع وقد الشفيع في حواشيه انه يذهب من

فسخ الاقالة والرد امران (الاول) الفسخ مطلقا اي بالنسبة الى الجميع فتكون الاقالة والرد نسيان نسيان (الثاني) انه بالنسبة الى الشئ خاصة لانها ما كان حال التصرف فيقرب اثر تصرفها عليه قال وتظهر
 الثانية في الباب فلي الاول : ان الثمن بعد الاقالة والرد بائع وغنا المبيع المشتري وعلى الثاني بالعكس .
 وقال في جامع المقاصد في مناقشته ان الاقالة والرد يقتضيان الفسخ والنسخ لا يتجزأ . فاما الصحة مطلقا
 او البطلان مطلقا وحيث كان الشئ اسبق كان الوجه البطلان مطلقا انتهى (قلت) فسخ الاقالة يزعمها
 من حين الفسخ ولا يبطلها من اصلها كما هي قاعدة المنسوخ لنظائرها فناء المبيع المنفصل المتخلل بين الاقالة
 وفسخها البائع وغنا الثمن للمشتري فالوجه الاول من وجهي الشبهة لوجه له ايضا لعدم المتضي لرفع
 الاقالة من رأس بعد وقوعها من ملك يمتثل ان يؤخذ منه وان لا يؤخذ فكانت كالفسخ بالعيب لا يبطل
 الا من حينه فان كان الحق الثاني يوافق الشهيد في اختيار الشئ الاول فقد علمت ما فيه من الصحة .
 لانه يقتضي بان يكون تصرف المشتري غير صحيح جزما بل مراعى موقوف كالنضولي وهو
 صرحوا به وانعقد عليه الاجماع بل كاد يكون هذا موافقا لابن شريح وليس به بل هو ثالث ما ألف
 للاجماع البسيط والركب وان كان مراد الحق الثاني انما تنسخ من حينها وحين النسخ تدخل في ملك
 المشتري اما فيكون اخذ الشئ من المشتري كما قالوه فيما اذا تلف المبيع قبل قبضه فانه عند اول اذنة
 انما يدخل في ملك البائع اما فيكون ائتمن من ماله كنههم انما وذلك هناك امكن الخبر والاجماع
 على الاخذ من المشتري والاخبار هنا قد يدعى ظهورها في خلافه كما سمعت فلم يبق الادعى الاجماع الحصول
 والمنقول في الفرية والسرارز ويمكن تنزيل المقول على ما اذالم يتصرف المشتري لان ذلك هو المعلوم المحض وما عداه
 مشكوك فيه . مخات للقاء اعدوا الاصول فما المانع من ان يقال فيما اذا تصرف فيه المشتري باقالة انه يؤخذ
 من البائع وما اذا تصرف بهبة او بيع من المتهب والمشتري الثاني واذا تصرف بوقف من المشتري جريا
 على قواعد الباب وغيره اما قواعد الباب فلا جماعهم على ان تصرف المشتري صحيح غير موقوف واما قواعد
 غيره فان من انتقل اليه الشئ يكون ماله كما له فيكون الاخذ منه وليس ينفيه الا ان الاجماع منعقد
 على ان الدرك على المشتري وقد قلنا انه عقوبة وقد قدمنا ان كلام الفوم لا ينافي ذلك ما عدى التحريروا جامع
 المقاصد والمسالك والرضة فانها لا تقبل التأويل فليحفظ ذاك بل في كلام الفوم ما يدل على ذلك حيث
 يقولون في توجيه اخذه من المشتري لانه المالك الآن وقد انقطع سلطان البائع واما انه له فسخ الرد
 بالعيب فقد صرح به في المبسوط والوسيلة والسرارز والشرائع والتذكرة والتجريد والدروس واللمعة وجامع
 المقاصد والمسالك والروضة لان استحقاق النسخ بالعيب فرع دخول العيب في ملكه ودخوله في ملكه
 انما يتحقق بوقوع العقد صحيحا وفي هذا الوقت تثبت الشفعة فيقتدر ان الاخذ بالشفعة والنسخ بالعيب
 متساويان في الثبوت لانها فرع العقد فكان الرد بالعيب كالحبة والمبيع والوقف والاقالة فرع الملك والعقد
 ولكن يفرق بين هذه وبين الرد بالعيب والاخذ بالشفعة انها يثبتان قهرا من دون توقف على رضا البائع
 في الاول ورضا المشتري في الثاني بخلاف الهبة والبيع ونحوها فانها يتوقفان على رضا الطرفين ولهذا
 قالوا ان الاخذ بالشفعة اسبق منها لكن ذاك يقتضي بانه اقوى واختلنا في انه اسبق من الرد بالعيب
 او هو مقارن له وكيف كان فحق الشئ هنا مقدم بمعنى ان له ابطاله ان وقع والمنع منه ان لم يقع لعموم
 ادلة الشفعة الذي هو عندهم كالحص بالنسبة الى عمومات تلك مع استحباب الحال لان فيه جمعا بين
 الحقين لان العيب ان كان في الثمن المعين وفسخ البائع فانه لا يمكن الرجوع الى المبيع لاخذ الشئ له
 فتعين الرجوع الى قيمة الشئ المبيع حين الرد لانه في حكم التالف وان زادت عن قيمة الثمن ولا يرجع
 المشتري على الشئ بالزيادة لانه يستحق الاخذ منه بالثمن كما ان الشئ لا يرجع بالتفاوت على المشتري
 لو نقصت فلا ضرر على المشتري ففي تقديم الشئ والعيب واخذ الثمن منه يعود حق كل واحد منهما اليه وقام
 الكلام عند تعرض المصنف لهذا النزاع لان الظاهر من كلامه هنا انما هو فيما اذا رد المشتري بالعيب في الشئ وان

ولو رضي بالشراء لم يكن له الشفعة بالأقالة ونحو قلنا بالتعالف عند التخالف في قدر الثمن
وفسخنا البيع فللشفيع اخذه بما حلف عليه البائع لآخذه منه هنا (متن)

كان العيب في الشقص فالمشتري يطالب الثمن وهو حاصل له من الشفيع وليس هناك سوى الدرك وامره
سهل بخلاف ما اذا قدمنا البائع في الاول فانه يقتضي سقوط حق الشفيع من الشقص عينا وقيمة وكذا
لو قدمنا المشتري على الشفيع بانسحح حتى يرجع البيع الى البيع في الثاني نوات حق الشفيع من الشقص
عينا وقيمة ايضا اما سقوطه من العين في صورتين فظاهر واما سقوطه بالنسبة الى القيمة الاحتمال زيادة
مثل الشقص عن الثمن اعتقوده او تريد قيمته من حين العقد الى وقت الاخذ بحسب السوق لا يقال ذلك
على تقديم الشفيع على البائع مستحق البيع هذه الزيادة وتزوت منه حينئذ وهو مناف الجمع بين الحقوق
لان المنروض انه لم ينسخ لاجلها من سبب العيب في الثمن ومع البراءة والعرض حال الرضا منه بالشفعة
بخلاف الشفيع وقد استدل في السقوط والبراءة والتدكير وجامع المقاصد وغيرها على تقديم الشفيع على
المشتري بان حق الشفيع اسبق قل في السقوط لانه وحسب ما تقدم وحق الشفيع ليعيب بعده لانه وحسب
حين العلم واذ امكن اسبق كل حق وغیره في البراءة وفيه انه يمكن ان يقال ان نسخ المشتري انما
يستند الى العيب المقارن العقد والشفعة تثبت بعده فيكون العيب اسبق واقضى لا يصح ان يقال في
الجواب هو الاشارة الى ان من ان مرد وجود العيب غير كاف في السببية بل هو مع العقد كمال الحركة
غير كافية في سببية الشفعة بل هي مع العقد وهو من من هذا الوجه وان كان قد يقال ان حانق
العيب لا يخلو من قوة لمرة العيب الغالب دون الشفعة لاجلها اعاد على ثمن في ذلك ثم انا وجانبه في جامع
المقاصد بعد عدة اوراق اعترف بعدم السبق منه شرح قول المصنف في بابي ما قامه ويحتل ثمنه حق
البائع الخ (واما) ان الدرك بات على المشتري في صورتين فلانه حتى يثبت عليه الشفيع من الشرع لهوة
او غيرها فلا يملك انطائه ويعلم بالاسطى في الرد والعيب يتقدر بتدريه على المنتظر فلما انقول
انه يأخذ من البائع ويعلم ان الشفعة باقية على كذا كانت هذه المواضع وما ياتي بعدها من
المخصصات انها لانها مما يخص وان كان حكمه لا مروض ودرية ما شي وهو انه كيف اختار المتأخرون
في غير خيار العيب من الخيارات انه في اختيار دو الخير اذا كان الدافع النسخ انسخ البيع وطالت الشفعة
واختاروا هذا الوجهة من المنفعة ينسجم حق الشفيع وادخل الرد بالعيب للمشتري مع انه له الخير رايت وقد
اجبنا ان بان الخير انما يثبت للمشتري اذا كان سبب في المبيع وبائع اذا كان سبب في الثمن لمكان خلافته ولم
يتعلق عرض واحد منهم بغير ذات ودان نزول في بيع وحد الشفيع وبائع البائع الرجوع الى قيمة الشفيع اذ
لا عرض له في الشقص سوى رد الشفعة ولا كذا البائع شرط نفسه خيرا في بيعه وذلك قدوه في الحق
الشفيع اذا كان الخيار للمشتري فلا تعلق له من الثمن وهو حاصل من الشفيع (وهو) ولو رضي
بالشراء لم يكن له الشفعة دلالة في ذلك دليل المتباعد من عدل المشتري انما هو وغو من الشفعة
لم نتجده بل لاثابة عندنا كما تقدم في حاشية السبع لا يسبب معطالق في حق الشفيع ولا في غيره
لا نتجده له بل رد بالعيب وكذا قدر رضي السريخ ومن قول البائع مطلقا كذا في حاشية نو في حق
الشفيع قال بانها تتجدد في وقت حكمي من في حاشية ايضاً بان تتجدد الرد بالعيب (قوله) ولو
قلنا رتبنا عند التنازع في قدر الثمن وفسخ البيع فشفيع احده حلف عليه البيع لآخذه منه
هنا = يزيدكم ان الشفيع في نسخ الاية الرد بالعيب كذا في ان نسخ الشفيع اصل بخلاف
وقد ذكر هذا النوع في السقوط بعض العامة الذين يتعالفون قوم كل من الشفيع بينة في دعواه من
الثمن وذكر مثل ذلك في التذكرة وقد ذكره في الكتاب مرة اخرى في او حوالا حل المذهب وحاله
انه لو اختار المتباعدان في قدر الثمن ولم نقل بالمعروف بين اكثر الاصحاب من تقديم قول البائع ببيئته

والشئيع يأخذ من المشتري ودركه عليه (متن)

مع بقاء العين بل قلنا بما قاله الشافعي من التحايف حيث لا بينة او به مع قيامها لكل منهما ايضاً وأنه يفسخ البيع حينئذ بنفسه او يتسلط البائع على نسخه كان حق الشئيع باتياً ويأخذ الشئيع بما حلف عليه المشتري اما بقاءه واخذه بالشبهة فلانها تثبت بالبيع وقد استحقها الشئيع فلا تسقط بما طرأ بين المتبايعين مما يقتضي النسخ كما تقدم غير مرة واما اخذه بما حلف عليه البائع لانا حلف عليه المشتري فلان البائع يفسخ البيع او هو ينسخ بنفسه فيرجع المبيع اليه فيكون الاخذ منه ولو حكمتنا باخذه بما حلف عليه البائع لانا حلف عليه المشتري لوجب المنع من النسخ لانتفاء فائدته حينئذ قال في جامع المقاصد لانه ما كان ذلك الا حذراً من دفع المبيع بما قاله المشتري ثم انه استشكل في ذاك من وجهين (الاول) انه كيف يثبت ما حلف اليه البائع في حق الشئيع مع تكذيبه والنسخ الواقع فرع التحايف وهو في حق المتبايعين خاصة دون الشئيع (الثاني) ان البائع انما يثبت ما يدعيه المشتري بالاثبات ما يدعيه هو فكيف يأخذ بما حلف عليه البائع ثم قال نعم لو قلنا بانه يثبت بما جاء به في الاثبات اندفع الاشكال ثم اعترض على قوله وما كان ذلك الا حذراً الخ بان فائدة البيع والنسخ يؤز ان تكون دفع استحقاق المشتري اخذ المبيع بما قاله وهو الحق (ونحن) نقول لا يؤز ان يكون ذلك لذلك فقط بل الغرض الاقصى له ان لا يؤخذ منه بالثمن الاقل فاذا اخذه الشئيع بما قاله المشتري فقد اخذ منه بالثمن الاقل وانا جاء النسخ بالتحايف من قبل الشارع كما هو المعروف من مذهب اكثر الاصحاب في غير ما نحن فيه والوجه فيه انتفاء كل من دعوى احدهم بيمين صاحبه ولا سبيل الى الجري على وفق اليمين وتقديم احدهما تحكيم (ولما) رجع المبيع الى البائع وجب الاخذ بقوله اما اشتأله الى ما يدعيه المشتري وزيادة فيكون الثمن معلوماً ان قلنا بكفاية مثل ذلك في تشخيصه والعلم به او لان الاصل فيه ان يرجع عن يده الا بقوله والوجه الثاني من الاشكال لالوجه له اصلاً لان المزور انهما تحالفاً فانسخ العتد واما قالوا ذلك فيما اذا قدمنا قول البائع بيمينه فانهم قالوا انه يحلف انه ما باعه بالاقل واعترضوه بان عدم بيعه بالاقل لا يقتضي صحة دعواه واثباته بيمينه الا ان يعترف المشتري بأن العقد وقع على احد الثمينين لا غير والا حلف عينا جامعة نعم لك ان تقول انهم حكموا في سائر المواضع التي طرأ فيها النسخ بان الاخذ فيها من المشتري والدرك عليه ووجبوا عليه في بعضها قيمة الشئيع للبائع وكان حقه ان يكون هناك عملاً بما ثبت وحينئذ فيكون الاخذ بما قال المشتري واي فرق بين هذه وبين ما اذا ظهر عيب في الثمن العين ففسخ البائع الا ان تقول ان الفسخ في هذه كان بحكم الشارع وفي تلك المواضع من جهة البائع او المشتري او من جهتهما فتأمل والثمن الذي ادعاه المشتري صار كالمعدوم بيمين البائع فتأمل جيد وهذا على ما يظهر منهم والا فقد عرفت اننا لانواقفهم على ذلك ونصح الاخذ من البائع ونقدر الابطال بقدره وبعد فلا مر في ذلك سهل لان القول بالتحايف في مثل ذلك خلاف ما عليه معظم الاصحاب وفي جامع المقاصد ان المتجه على القول بالتحايف بقاء اندعوى بين الشئيع والبائع وتكون كالدعوى بين الشئيع والمشتري (قلت) هو كذلك اذ اكثر ادلة تقديم قول المشتري هناك جارية هنا وقد اسبغنا الكلام في ذلك عند تعرض المصنف له كما اسبغناه في مسئلتنا على مختار اصحابنا من تقديم قول البائع بيمينه مع بقاء العين وتام الكلام في اواخر الباب وبيان عدم ذكرهم التحايف بين الشئيع والمشتري فليلاحظ آخر الباب في المسئلة انتهى فليتأمل جيداً (قوله) - * - والشئيع يأخذ من المشتري ودركه عليه * - كما صرح بهما في المنة والنهاية والغلاف والبسوط والكافي والمهذب والوسيلة والغنية والسرائر وسائر ما تأخر عنها الى الرياض الا ما قل كشرح النافع الاربعة وفي الاختيارين اعني الغنية والسرائر الاجماع على الحكمين لانه استحق الاخذ بالبيع وبعده انتقل الملك اليه وانقطع سلطان البائع عنه فالاخذ منه والدرك عليه لو ظهر استحقاق الشئيع فيرجع عليه بالثمن وغيره على

ولو كان في يد البائع كلف الاخذ منه او اترك ولا يكلف المشتري اقبض والتسليم ويتوهم
قبض السفيح مقام قبض المستري والدرك مع ذلك على المشتري وليس للسفيح مسح البيع
والاخذ من المانع ولا تصح الالفاة من الشفيح والمانع ولو انه قدم او تعيب بفعل المشتري
قلل المطالبة او غير فعله من الملقا غير السفيح بين الاحد بالجميع او اترك (متر)

١٠٠ فصل (قوله) : وروى في رواية كلب الأحمدية وروى في نسخة
 وأما وأربع وأربعة وأربع وأربع وأربع وأربع وأربع وأربع
 في نسخة الأربعة وأربع وأربع وأربع وأربع وأربع وأربع وأربع
 وأربع وأربع وأربع وأربع وأربع وأربع وأربع وأربع وأربع
 قصة كلب الكلب : كلب في نسخة كلب في نسخة كلب في نسخة
 مع نسخة عنه فصل : وفي نسخة قول كلب : كلب في نسخة كلب في نسخة
 وفي نسخة : كلب في نسخة كلب في نسخة كلب في نسخة كلب في نسخة
 في نسخة : كلب في نسخة كلب في نسخة كلب في نسخة كلب في نسخة
 (أ) : كلب في نسخة كلب في نسخة كلب في نسخة كلب في نسخة

والروس وحات وهو فيه كلمة المسود. لهذا (قوله) ورس - مفعول واحد
من افعاء في مسود والرس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس -
لان افعاء مفعول مفعول - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس -
ري مفعول في الوشتم مفعول مفعول - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس -
د - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس -
و - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس -
الرس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس - ورس -

الاعمال يمكن الاخذ به في جميع دول العالم ، بل هي اولى به في جميع دول العالم ،
و هي التي لا يمكن ان تكون في الواقع ، بل هي التي لا يمكن ان تكون في الواقع ،
و هي التي لا يمكن ان تكون في الواقع ، بل هي التي لا يمكن ان تكون في الواقع ،
و هي التي لا يمكن ان تكون في الواقع ، بل هي التي لا يمكن ان تكون في الواقع ،

تصحح لاهل البيت والصحابة في الاسراع وجامع المصنفين - ثلث هو و صح و يصحح
في الاله عليه لان لاقاة تصحح من صدر القنده (هوه) ١٠٠٠ - و من رسل ستي
قبل مصنفه و فيه معه و هذا تحفي اشبع بين لاهل راجحة او ان في الشري - و د

و-تهمة وتعييب فله حول احدهما يكسب ذلك نفس السدي والى ما يقع به ولا يصل
معه قلب شو من العين كد يثبث لحد منعه او يكسر الح- وخرد - - - - - حمة - - -
المشاهير كما ستعرف وطاهر احري من قبه الموصى الى التعيب و - - - - - ذوق - - - - - قال
شي من الاعيان الا ان تتولى بالاستلزام واو في نفس الاحمال او حال ت - - - - - و صريح
نفس قليل ويقتفي في جامع المتاحدان حد الحريق في ابل ذاتا شي من - - - - - من - - -
المطعة او عدها كما يتي تأملنا فيه وكيف ان يقول في العوان انه اذا تعيب الشخص و - تهمة قبل
المحمة وفي صريح المسوط وجمع اشرايع على تفصيل ويا تسمع والكه والمنة والسرر والشرع
ولارث والمختاب ونكك وكذلك التذكرة بقرينة العوان والاطلاق والاروس بتة الاطلاق
الشبيح بالخيار بين الاحد مائتمن وبين التارك وفي الغنية للاجماع عليه وفي المسالك والكليه والماتيج -

المشهور وفي الرياض انه الاشهر لانه تصرف في ملكه تصرفا سابقا فلا يكون مضمونا عليه والفائت لا يقابل بشي من الثمن فلا يستحق الشفع في مقابلته شيئا كما او تعيب في يد الدائع فان المشتري يتخير بين النسخ والامضاء بجميع الثمن وفي جامع المقاصد ان فيه نظرا لان المشتري وان تصرف في ملكه الا ان حق الشفع قد تعلق به فيكون ما فات منه محسوبا عليه كما في كتب عليه من المبيع ولا استبعاد في تضمين المالك ما يجني على ملكه اذا تعلق به حق الغير كالرهن اذا جني عليه الرهن وقد سبق في كتاب البيع وجوب الارش على البائع اذا تعيب المبيع في يده فينبغي ان يكون هنا كذلك وقد نبه عليه في التذكرة انتهى والذات ان ظاهر الزايع وفصل في الخلاف قال ان اصابها هدم او غرق وما اشبه ذلك فان كان ذلك بامر سهوي فاشنع حاسرا دين ان يأخذ بجميع الثمن او يترك وان كان ذلك بفعل آدمي كان له ان يأخذ العرصة مستمرا من الثمن ويظهره عدم الترق بين كونه قبل المطالبة او بعدها ولا ظهور له في الاول بقوله ياخذ او يترك (او بد) ما في جامع المقاصد ومنه يعلم حال ما في الخلاف انه ان اراد المالك ان يعلق بالشقس حق المطالبة فسلم ولكنه مجردة لا يوجب الا ان على المشتري فلا بد من دليل يتطوع الاصل وان اراد به الملكية فممنوع اذ لا ملك له قبل الطلب والاخذ ومنه يظهر ما في الخلاف في الشق الثاني على ان هذا الترجيح ان نعم شمل صورة التلب بامر سهوي اخذ الا ان يقول باستدراهما رواه ابن محبوب عن رجل قال كنت الى النبي اعني احسن اشترى من رجل دارا ما عير مقسوم وكان شريكه الذي له النصف الآخر انا فلما قمت او قيل عنها انه هدمت الدار وحاسيل حارق فهدمها وذهب فباع شريكه النصف فطالب الشفعة من هدم الدار والشفعة على ان يعطيه ما له كمالا اندي نقد في ثمن افعال وضع عني قبضة الباقين الباقين قد ازيدم وذهب بهما ساوية الذي في ذات فوق وقع عليه السلام ليس به الا الهاء والبيع الاول انشاء الله تعالى لكن الذي استمر به اياه انما هو للاقا كما ياتي فلا يكون له الا بالخبر والحارق واليه كلين كانه مني الشفعة ان كان باعنا المعجمة كان معنى الترق اعادته والشيخ رحمه الله ترك هذا الزعم واستدل بالخبر العامي النووي اندي فيه فشرى بملكه احتق الناس على فبنت انه واحد بالثالث الثمن فمن قال ببعثه فقد ترك الغبر ولعله اراد رد على العامة رواه والا فهذا الثمن موجود في حصة العوي ثم ان اطلاق الادمي في كلام الخلاف يسيل المشتري وعيره ولعله لا يقول به في غيره والتناظر في البيع الذي حدث فيه العيب بعد العقد وقبل القبض تقريبي ولا فرق تلم بين الشفع والمشتري وما سبق في كتاب البيع من وجوب الارش على البائع ليس محل وفاء قبل هو مشهور بين المتحررين في باب البيع والاحمق في الخلاف والمسوط يقول على خلافه والظاهر ان المشور خلافه ايضا في باب القبض ولم تحذيري كتاب فيه الان وفي جامع المقاصد كيف كان في اجماع الفينة فيما نحن فيه العينة بالشرع العامة والاشنة وعمل من لا يعمل لا بالقطيعات كآبي الصلاح والي الكارم والي عدالله مع موافقة الترادف والاصل التريد باطلاق ما دل على لرواه الاخذ بالشفعة بالثمن وندرة المخاطبة عينة ورواه وان ان تقول ان قواء الشفعة انما هي الخ جميع البيع بجميع الثمن الا ما كان بدون تنصيص من المشتري ولا راعاه وقد اشرت في باب البيع ان الاحرا تقبل بالاجزاء والافوص لمكان الخبر المشهور (وفضة) قد موافقة جامع المقاصد لولا ما عرفت واتي بيان الراد من القطعة والنظر في الثالث من الاحوال لكنه يقتضي شي وهو انه لو علم المشتري انه لا ضمن عليه هدم الدار المشاركة للشفيع في الطريق او تدمر بادن ليراكم اذا كان الشفع عابثا او صغيرا او لم يبق فيها حجر على حجر واكثر فيها من الحجر بحيث لا يندم على ان ياتي اخذها بالثمن والشفعة انما شرعت لدفع الضرر عن الشريك وذلك مناف له فممكن حمل كلامه الاذحاب على ما كان جهلا بالشفعة او تقول انه لا يفعل ذلك ولو علم بالشفعة اذا كان قبل لانه اضار ببنه يخاف ان يأخذها الذي ان يتعيب كذلك بغير فعله مصدق سواء كان قد طالب الشفع ام لا امر سهوي ام رجل آدمي ففي المسوط وجميع ما ذكر به على نحو ما عرفت مع زيادة النافع ان الشفع يتبين انما بين الاغنى بجميع او الترق وفي الفينة الاجماع عليه وفي السكانية انه المشهور وفي

والانقاض للشيء وان كانت منقولة وان كان بفعل المشتري بعد المطالبة سمن المشتري
على رأيه (متن)

جامع المقاصد التأمل في ذلك ايض مستندا الى ما تقدم له من الاستدلال وقال ان الذي يقتضيه
النظر ثبوت الارش في صورتين واستمع ان مراد جمعة بضم غيمه ولم يك عنه ذلك هنا في المسالك
وانما حكاه في الصورة الاولى وانك نسب اليه شيئا في التريض الواقع هنا وينبغي ان يكون الشيء
في الخلاف مجازا هنا ايض كما يقتضيه اطلاق الادمي في كلامه كما نبهنا عليه آفة حجة الاصحاب بعد
ما عرفت فيما تقدم المرسل المنجز بالفعل وقد استعمله انفسا اذ العموم فيه غممي وهو لا يستقل وان
اتصل فلا يخصه انورد وينبغي ان يحله جماعة على عدم ذلك شيء من المسالك الخاص فيما تبين
المطالبة وباقي الحل الثالث (قوله) والانتقاض للشيء وان كانت منقولة سمن المشتري
المسالك وبذلك صرح في المبوط والشرائع والتكملة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المقاصد
والمسالك وجميع البرهان وغيرها لانها جزء البيع ولا يشتركونها منقولة لان ذلك ثابت بمبينة وقت البيع
لسبق استحقاق الشيء له تبعا لما تقدم (قوله) وان كان بالفعل المشتري بعد المطالبة سمن
المشتري كى راي في هو خيرة الكافي والقافية والسرائر والشرائع والرفع وجامع الاسرائع والتحرير
والارشاد وشرحه لونه والمنهاج والدروس وجامع المقاصد والمسالك والمنهاج وفي الخلاف وجامع
المقاصد والرياض انه المشهور وفي المسالك والكافية له اشهر وفي القافية لا يجرى اليه مع التثنية فيكون
الكافي والسرائر باطلين بالمطابقة ولا يفيهم من التذكيرة في ذلك شيء وقد اختلفت هذه الكتاب في معنى
الشن في الكافي والقافية والسرائر انه يجب رده الى محله وما كان عليه وهذا لا يتم فيما اذا كان الهم
قليل كما تقدم في باب الغصب وفي الشرائع والتحرير انه يضمن الانتقاض ومما انه يستلزم ما قبله مما
من الشن كى في المسالك والكافية ولعل مرادهم في الشرائع والتحرير انه يضمن الارش كما نفسه في
الايضاح من الشرائع وكى صرح به في جامع المقاصد ومي مثله في التكملة وعليه به في جميع البرهان
بقوله انه يضمن التحرير والغيب وكل ما يقتضيه وهو موش وعلى ما فهوم من الشرائع ينبغي ان يشمل
قوله في النفع اخذ بنصفه من الشن جمعا وان كان خلاف الظاهر والاولى بانته على ظاهره والتحرير في
النتية على ذكره المشتري (وقد) قال في جامع المقاصد ان كلامهم هذا يشهد بان المشتري يضمن
الثالث (وقال) في الرياض في شرح كلام النافع وان كان الهم بالفعل المشتري بعد مطالبة النافع الساع
فالمشهور ضمن المشتري بمعنى اخذ النافع الباقي بعد الثالث بخصه من الشن وسقوط ما قبل الثالث منه
انتهى وهذا يقتضي انه قد تان من النقص شيء يتقابل بشيء من الشن والمأخوذ في كلام جماعة
وكلامه في الرياض كما يفتر لمن حظ آخره ان المسئلة فيما اذا لم يحصل تلف شيء من العين يتقابل بشيء من
الشن ولعل اختلافهم في الشن انما كان لان الغيب ولا يندام قديكون بدون تلف شيء من الآلات
وقد يكون بتان بعضها كان يحرق المشتري سقف البيت ثم ان الآلات تجري عند جماعة منهم مجرى
اطراف العبد وحصاته فتكون من قبيل انشقاق الجدار لا يتسقط عليه الشن وعند جماعة انها يتسقط
عليها الشن كاحد العبدين فتأمل وقد نسب جماعة كالمحقق الثاني والشيخ الثاني اختلاف في المسئلة الى
ظاهر كلام الشيخ وقيد الثاني بالمبسوط وفي المنايع اليه على البت وقال في الشريعة قيل لا يضمن لانه
لا يملك بنس المطالبة بل بالاخذ ونسب في الايضاح اختلاف اليه في اختلاف والموجود في المبسوط اذا
اشترى شقة فوجب للشيء فيه الشفعة فاصابه نقص او هدم قبل ان يخذ النافع بالشفعة فهو باختيارين
ان ياخذها ناقصة بكل الشن او يدع - رواه في ذلك كان هدمها المشتري او غيره او الهدم من غير فعل
احد وكذلك ان احرق بعضها او كانت ارضا ففرو بعضها فللشيء ان ياخذ ما يبقى بجميع الشن ويدع

لانه ان هلك بامر ساهوي فما فرط فيه وان هدمه هو فانما هدم ملك نفسه واذا اخذه بالشفعة اخذ ما اتصل به وما انفصل عنه من آلاته لانه جميع المبيع وقيل انه بالخيار بين ان ياخذ الموجود بما يخصه من الثمن او يدع والذي يقوى في نفسي انها اذا انهدمت ركائز آلاتها باقية فانه ياخذها وآلاتها بجميع الثمن او يتركها وان كان قد استعمل آلاتها المشتري اخذ العرصة بالقيمة وان احترقت اخذ العرصة بجميع الثمن او يترك فالذي استقر عليه رايه انه حيث تتلف الآلات باستعمال المشتري اخذ العرصة بمجبتها من الثمن وان لم يكن بفعله اخذ بالجميع او يترك وحيث تبقى الآلات ياخذ بجميع الثمن او يترك سواء كان ذلك بامر ساهوي او من المشتري او غيره وبهذا التفصيل اتفق في جامع الشرائع وهو من اتباعه دائما الا ما قال وقضية تلام المبسوط ان ذلك كله اذا لم ياخذ الشئ بالشفعة لكان التقييد بذلك في اول كلامه وقضية في بعض مفاهيم الشرط انه ان اخذ بالشفعة ضمن المشتري بقريئة القيد ومعنى عدم اخذه بالشفعة انه ما تعرض لها لعدم علمه او لغيره لانه قال اني مطالب واريد بعد لحظة او ساعة مثلا ان اشفع لان ذلك يقطعها عنده لافاقته النورية ومذهبه في كتبه الثلاثة انها على النور فالقول الذي حكاه المحقق في الشرائع ودياه ايس الشيخ في كتابيه وقد تبعه الجماعة ولعلم انما لحظوا اول كلامه وقالوا ان قوله قبل ان ياخذ بالشفعة انتهى يشمل . اذا كان قبل المطالبة وبعدها فالجواب ان الشيخ في المبسوط ايس . ثالثا ولا وجه له في المختلف وجامع المناص والمساك من ان قوله في المبسوط اخذ العرصة بالقيمة يشمل اخذه بجميع القيمة ونحوها من الثمن بعد مقابلتها بقوله وان احترقت اخذ العرصة بجميع الثمن بل يتعين الثاني بقريئة المتابعة والتفصيل فلا اقل من ان يسكتوا عن الشيخ ولا ينسبوا اليه في المسئلة وثالثا ولا خلاف والعبرة بآخر كلامه وكلامه الاخير نص في ثلاث شي من الشئ يقابل بشي من الثمن وهو خلاف الفروض في كلام هو لا . وان لحظوا آخره واتقيد في اوله كان موافقا عملا باطلاق المهرم والي اوقع من تخلف في المختلف نسبوه الى المبسوط ما حكاه عنه فيه فانه لم يسكه بتمامه ولا الى وجهه واما الخلاف فظاهر من اطلاق كلامه في الاثن في عدم الخلاف قال كما سمعت وان كان ينحل ادمي كان ان ياخذ العرصة بمجبتها من الثمن فيكون كلامه هذا ككلامه في النافع في هذا قال وان كان بفعل المشتري اخذ بمجته من الثمن فكان الضمان في الجملة على وفاء و تفسير الخلاف او الميل اليه في شئنا صاحب الرياض كما سمع كلامه وكيف كان فالجواب للاصحاب ان الشئ استحق المبيع بالمطالبة اني الاخذ بالشفعة ودخل في ملكه فاذا انتقض بنحل المشتري ضمنه ووجه في جامع التماسا وتبعه جماعة بان الشئ استحق بالمطالبة اخذ المبيع كاملا وتعلق حقه به فاذا انتقض بنحل المشتري ضمنه ولم يجد احدا استدل به قبله وهو غير جيد اذ المراد بالمطالبة في الباب سند من يقول بالنورية الاخذ بالشفعة كما ذهب عليه في المبسوط وكما ارادوا ذلك من هذه الكلمة فيما تقدم كما تقدم وباقي بل قال المحقق الثاني والشهد الثاني فيما سلف انه لو اشتغل بالمطالبة عن الاخذ اطلت شفعة في حكماء وغيرها عن ظاهر المبسوط او عن الخلاف من انه لا ضمن لان الشئ لا يملك بالمطالبة بل بالاخذ فيكون المشتري قد تصرف في ملكه تصرفا صحيحا وهم في وهم لانك قد علمت ان ظاهره في السكاكين انصرف في الاول بالمنزوم مع ملاحظة آخر كلامه والذي قوي في نفسه وفي الثاني بالاطلاق وانه لم يذكر فيها المطالبة بل هي عنده بالمعنى ارادوه تخل بالنورية كما عرفت وصاحب الرياض به . ان نقل حكاية ذلك عن الشيخ وان الاصل يوافقه لانه يقضي بالمعير الى التملك بالاخذ لا بالمطالبة قال وهو في غاية القوة . يابعد استناده باطلاق ما دل على استحقاق الشئ بتمام الثمن ونحن نقول انه على ما فهمه منه في غاية الضعف لما عرفت من ان المراد بالمطالبة الاخذ بالشفعة وقوة دليله وانما اقامه عليه مع انه لا وجه لاخذ الثمن كله في مقابلة ما بذل فيه بعضه مع استعمال المشتري له وانتفاعه به وهو في ملك الشئ ان هو الا نظم وضرر وخروج عن مقتضى قواعد الشئ اذ هي اخذ جميع المبيع

أما لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن وإن يكن بفعل المشتري (متم)

يجمع الشئ مع عدم الأضرار إلا إذا قلنا إن الثالث لا قسط له من الشئ وهو خلاف المنع في كلامه
 حرمه الله تعالى ومسئلتنا هذه هي الثالث من الأحوال وليعلم أن كلام الأصحاب في هذه المسائل غير محدد على
 ما يظهر لأنهم إن أرادوا بالمطالبة في هذه المسائل معناها الحقيقي لم يتضح ذان المشتري في الحال الثالث
 لأن المنع أن لا يتك من شيء وإن المطالبة لم تؤثر ملكا فعالة كطاله قبل المطالبة وإن كان المراد
 بها الأخذ والتملك اتجه الحال الثالث وأشكال الحال الثاني لأنه بعد حازم لكا للشيء وقد تعيب المبيع
 بأمر داوي أو غيره كيف يتسلط الشئ على التخيير بين الترك والأخذ بالجميع وأنه يحتاج إلى دليل قوي
 والرسالة ظاهر في التلف وكأنه صريح فيما قبل الأخذ فليلاحظ أقصى ما يمكن أن يقال إن الشئ لم
 يتبعض فشب المبيع فليتناول جيدا واستعرف حال ما إذا تلف قبل المطالبة أو بعدها (قوله) ٢٤ أما
 لو تلف بعض المبيع فالأقرب أنه يأخذه بحصته من الثمن وإن لم يكن بفعل المشتري كما في
 التذكرة والرسول وجامع التاخذ والمالك والمذبح وظاهر الإيضاح وفي الكفاية أنه أشهر والمخالف
 الشيخ في كتبه الثلاثة أما الخلاف والمبسوط فقد سمعت ما فصله فيها وإن في كل منها تأجيلا نسب
 أو آخر والمخالف في المختلف إن كان موافقا للمبسوط في جميع ما قال على ما عر الظاهر منه كان مخالفا
 (وقد) عرفت أنه لم يشك على وجهه وأنه لا معنى لاحتماله في قوله أخذ العرصة بالقيمة الوحد (وقد)
 عرفت أن صاحب جامع الشرائع وافق المبسوط والنهاية فقد قال فيه فإن كان المبيع قد هلك بأفة من جهة
 أنه أوجه من ترجيح المشتري أو هلك بغيره بشئ من ذلك لم يكن له أن يتقضى من الثمن بقدر ما هلك من المبيع
 ولو لم توفى الشئ على الكمال وقيل في التجريد ولو تلف بعضه كأنه داء المبيع أو تعيبه فإن كان بغير
 فعل المشتري أو بغيره قبل المطالبة فحق الشئ بين الأخذ بكل الثمن وبين الترك لا بمحض الوجود من
 الثمن وإن كان بفعل المشتري بعد المطالبة ضمن المشتري التقض ويشمل طاله إذا فعل ذلك قبل المطالبة
 وكذا إن كان بفعل آدمي غير المشتري لأنه يرجع بدله إلى المشتري فلا يتشدد انتهى (وقضية) أنه إن
 كان بأمر سموي لا يضمن وقد عمم الثالث حيث يشمل الانهزام والتعيب وتلف بعض الأعيان أو إجماله
 وفصل بما قبل المطالبة وبعدها ويتضمن كلامه الفرق بين الداوي وغيره بل قد يقال إن الخلاف والتفصيل
 بما قبل المطالبة وبعدها قديما بل من النافع بل والشرائع بل وغيرهما من أعيان النظر في كلامهم لكن قال
 في جامع التاخذ لم يفرق أحدهما وهو فيما إذا كان الثالث بين العينين كونه قبل المطالبة وبعدها
 وظاهر أن هذا الفرق في الأولى غير واضح انتهى فتأمل (ولعله) لم يلحظ كلام التجريد أو يتأوله وكذلك
 ما يشتمل أن يكون مثله فتأمل وكيف كان فالدليل على مختار الكتاب وما وافقه في مانع فيه وهو
 ما إذا تلف بعض العرصة بسيل ونحوه أو احتق حطب البيت أو حرقه على القول بأن الابنية كأحد العبدان
 المبيعين إن أوجب الثمن كله لا في مقابلة بعض المبيع يستدعي دفع أحد الموعدين لا في مقابلة العوض وذلك
 أكمل ما لا باطل ونحن نقول إن كان التلف المذكور بفعل المشتري بعد أخذ الشئ بالشفعة فلا ريب
 في الظاهر وما عدا ذلك قضية ما تقدم لنا غير مرة أن قواعد الشفعة تقضي بأخذ جميع المبيع بجميع الثمن
 وإن الأجزاء تقابل بالأجزاء والأوصاف إن توافقت الكتاب إلا فيما إذا لم يكن التلف بفعل المشتري ولا
 بتقصيره لمكان المرسى وغيره فلا يصح على المختار الاستدلال على عدم الثمن إطلاق ما دل على استحقاق
 الشفعة بتمام الثمن وبأنه يدفعه في بعض الصور أحلاق الخبر المعتد بالرسول المتقدم ولم يعم إجماع في المقام
 كما قام في مسألة الاستهزام بفعل المشتري قبل المطالبة حتى نوجه بذلك كما تقدم وليعلم أن كلام الأصحاب
 هنا أيضا غير محدد لأنهم حكموا بعدم ذان المشتري في الحال الأول والثاني على أن الثالث من المبيع
 لا يقابل بشئ من الثمن وهو مبني على أن العمد لا يوجب ذان الأجزاء أو الصفات لعدم مقابلهما بالثمن

ولو بنى المشتري او غرس بان كان نائبا او سفيرا او طلب من الحاكم التسمية فللمشتري قلع غرسه وبنائه وليس عليه طم الحفر ويحتمل وجوبه لانه تنقص دخل على ملك الشفع لتخليس ملكه (متن)

وانما المقابل به هو الجملة وهو اختيار لاحد. انقولين في المسئلة والتول الآخر ان العتد اوجب ذان الاجزا والعتات وان الشمن يتقابل بها وعلى القوانين وقع الخلاف في لزوم الارش وعدمه اذا اختار المشتري الامساك فيما اذا تعيب المبيع بعد العتد وقبل القبض وفيما اذا تجدد فيه عيب من غير جهة المشتري في زمن خياره واما اذا تعيب المبيع في يد المشتري من العتد ح فلا يرجع عليه به المالك فانه يرجع به على العاصب ان كانت الجملة مضمونة فقط وان كانت الاجزا والعتات مضمونة بالعتد لا يرجع الى غير ذلك ودوا عليه هنا ايضا مسئلة عدم وجوب طم الحفر كما يأتي بعد مسئلة بلا فدية وتلاهم في مسئلة بطلان المشتري ما اذا تلف بعض المبيع مبني على ان الاحرا تتبادل بالاحرا. فمسائل هذه المسائل مشتقة في البني من دون تقادم عهد ولم يقع ذلك لواحد بل بنيت كما عرفت واستعرف مسئلة تقول كيف انتقلوا في ان الاحرا والعتات مضمونة او غير مضمونة وانقوا في باب العيب على انهما مضمونتان (قلت) سبب هذا الاتفاق جهل المشتري بالعيب الذي سبق على العتد وهو اننا اشترى على الاصل والعاصب وهو السلامة وان كان البائع عالما كان مغرورا ايضا فاشتبه الشارع لمكان جهله الرد ان لم يتصرف والارض ان تصرف والمسائل التي انتقلوا فيها حدث العيب فيه بعد العتد (قوله) - - ولو بنى المشتري او غرس بان كان عابدا او سفيرا او طلب من الحاكم التسمية فالمشتري قلع غرسه وبنائه كذا في المبسوط وغيره بلا خلاف اجدد وجهه ظاهر لانه ملكه فله ان يفعل فيه ما يشاء ومن عور التسلط غيرا ذكره المصنف هنا وفي التذكرة من كدبه في الاخير معنى او في الاتياب فظهر البيع او تاسمه وكيهه وخبيته وجه الحظ في الاخذ بالشفعة فيجب التوكل فيخبره الوجه ما اذا كان الملك منه وما يتسوما وقد اشتركا في الزهر او الطريق (قوله) - - وليس عليه طم الحفر كذا في المبسوط والشرائع والتعريف والارشاد والتذكرة في اول كلامه لانه لا يضمن العيب الذي فعله بل المطلب لانه انما تصرف في ملكه وما حدث فانما حدث فيه مما لا يقابل الشمن واما يتقابل الشمن سهم الارض من نصف واثلاث وربع وهكذا على ان في القلع مصلحة الشفع لان فيه تزيغ الشفع لاحد وهذا ما اشار اليه آراء (قوله) - - ويحتمل وجوبه لانه تنقص دخل على ملك الشفع لتخليس ملكه كذا - - هو خيرة ابني علي وهو قوي متين ان لم يقيم اجماعا على خلافه والظاهر عدمه وقد مال اليه او قال به في جميع الالهيان ونسأله ايضا انه يجب الارش على المشتري لو حصل في الارض نقص بالقلع سواء طلبه الشفع بالقلع او كان الطاب له المشتري لما ذكر ولان الشفعة انما شرعت لدفع الضرر عن الشفع وتبريز امثال ذلك منافع له اذ له حينئذ ان يكثر من البناء والغرس بحيث يستلزم قلع ذلك ان تكثر الحفر ويعظم الضرر الذي لا يقدح عليه اقل ثم قال نعم لا يبعد عدم ذلك مع جهله بالشفعة ثم امر بالتأمل لان وجوده لا يفي من جوع نفسه فكيف يفي من جوع غيره (قلت) قد تقدم لنا نحو ذلك وقلنا ان المشتري لا يكثر من ذلك اذا كان عاقلا لكن يؤيده انه قد حكى في التذكرة عن ابني حنيفة والنوري انه ان لم يقلع المشتري انه يجره الشفع على قلعه ولا يعطيه ارش مانقص بالقلع وقد دنى عنه الباس في التذكرة وقضيته ان يكون عليه طم الحفر وارش تنقص الارض وان لاشي له على الشفع وان انكسر بالقلع وخرج عن الانتفاع به بضر عدم انعسدي والتعريف كما اذا ظهرت الارض مستحقة وحكى في جامع المقاصد والمسالك عن المختار انه يعمل بانه ان كان القلع لطلب الشفع لم يجب الطم لان طلبه القلع يتضمن الاذن في انحره وليس هو كالعاصب لانه غير عاد بقلعه وان كان القلع من المشتري ابتداء وجب لان النقص قد حدث في ملك غيره بقلعه لمصلحة من غير اذن من الغير فيجب

اما نقص الارض الحاصل بالمراس والسوا فانه غير مضمون لانه لم يصادف ملك الشنيع
وياخذ الشنيع بكل الثمن او يترك ولو امتنع اشترى من الازالة تخير الشيع بين قلعه
مع دفع الارش على اشكال (متن)

[illegible]

وبين بذل قيمة البناء والنرس ان رضي المشتري ومع عدمه نظر (متن ا)

متزلزلة الملك واختاره في المختلف انتهى وقال في جامع المقاصد الظاهر انه لا اشكال في القلع وحكي
عن ولد المصنف الاستشكال فيه وقال الظاهر انه وهم اذ لا يتصور وجوب البقاء شغل ملك الشئيع
بتلك المشتري على الدوام بعد انقطاع حقه من النقص الا ان يتخيل وجوب قبول الاجرة على النفع او
وجوب دفع التبعة عليه وان لم يرض وبطلان هذا اظهر من ان يحتاج الى بيان انتهى (قلت) اما بيوت حق
القلع لشئيع فظاهر اذ اولاه لزم النحر العظيم هذا يدفع الثمن وذلك يستحق المنفعة على الدوام بل هو
اعظم من نفع الشفعة بالكلية لكن لها مانع من وجوب قبول الاجرة كما في المذهب اذ غرس وبني ورجع
الواهب ولعل نظره في الايضاح في الابقاء بالاجرة الى ما في الخلاف والمبسوط والفقيه والسرار والتذكرة
من انه اجباره على التبع اذ رد عليه منقضى لانه حينئذ لا خلاف في انه له مطالبة بالقلع وان لم يرد
لم يكن ذلك كما في المبسوط والتذكرة وليس على وجوب القلع حينئذ دليل كما في الثلاثة الاخر
وقضيته انه ان لم يرد لم يكن له القلع وهو قضية مفهومة ببارات المتأخرين كما استمع ولا بد من ان
يقول هو لا جميعا انه لا يرد على الشئيع ابتداء بالاحر اذ من البعيد جدا ان يقولوا لا يرد عليه ابتداء
بما ان تقول ان خيرهم الشئيع بين الامور الثلاثة يتضي انه يلزم بالابقاء من دون اجرة والا لذكروا
ذلك (رابعاً) ولعل الوجه في ذلك انه على القول بان الشئيع يجب عليه ارش القلع انه يلزم انه
لا يملك طلب الاجرة على الاتق لان القلع لا يسوغ الا مع اذن الارش فما دام لا يسدله فالابقاء واجب عليه
وقد منع الملازمة وفي الزمها على الابقاء بالاجرة حيث يحصل الامتناع من الامور الثلاثة جمع بين الحقيقتين
وفي قول المصنف فيما سيأتي او يقوم الغرس مستحقاً للترك باجرة يرشد الى ذلك بل قد تقول انه يقدم
على بعض الثلاثة كما يأتي في الررع لئلا يؤول اذ لعلك تقول انه ايس في ذلك كله شهادة على ما يدعيه في
الايضاح تدبر ونظره في الوجه الثاني من وجهي الاشكال الاول الى احكامه قولا في التذكرة من ان
عليه ان يقيم في الارض باجرة ومعناه انه لا يجوز له اجباره على القلع بارش ولا بدونه ثم ان باب قبول
الاجرة او دفع التبعة كما في الشق الثاني على الشئيع وان لم يرض ليس باعظم من ابا قبول التبعة على
المشتري وان لم يرض كما يجب من نسبه الى الاكثر على انه يقول بالابقاء مع الاجرة فنسبة فضر
الاسلام والمحققين الى الوهم كما ترى وكيف كان فمما اختير فيه ان الشئيع يملك اجبار المشتري على
التبع اذا بذل ارش نقص الغرس اذا امتنع المشتري من القلع والخلاف والمبسوط والفقيه والسرار كما
عرفت والشرائع وجامع الشرائع والتحرير والارشاد والتذكرة في اول كلامه والدروس وجامع المقاصد
والمسالك وقد يظهر ذلك من كلام ابي علي وفي الاخير انه اشهر وزاهي الارش في المختلف كما
عرفت وذنبي عنه البأس في التذكرة كما سمعت وقابل في التحرير او قيل به كان وجهها وقد سمعت
ما في مجمع البرهان ولا ترجيح في الايضاح وخيرة المختلف شبه باصول المذهب لان المشتري قد
أقدم على النرس والبناء واخفى ذلك عن الشئيع مع علمه باستحقاقه فقد أقدم على اضرار نفسه وما ضره
أحد ولا وجه للتظهير بالمستعير كما صنع جماعة فانه ما بني ولا غرس الا باذن المعير فتأمل جيداً على أنه
قد استشكل فيه هناك المصنف ووجهه والشهيد كما تقدم ثم ان هذا القول أي القلع بلا ارش قول قديم
حكاه يميني بن سعيد في الجامع (قوله) * وبين بذل قيمة البناء والغرس ان رضي المشتري * =
كما في التحرير والشرائع والتذكرة ولا يثبت في ذلك كما في جامع المقاصد (قوله) * = ومع عدمه
نظر * = يريد انه مع عدم رضي المشتري بالقيمة فويل يملك اخذها بالقيمة ويجب على المشتري قبولها
فيه نظر ينشأ من انها معاوضة فتنتقل الى رضا المتعاضدين ومن ان ذلك اقرب الى معاوضة كل منهما لان
فيه جمعا بين الحقيقتين ودفعاً للضرر العظيم اللازم لكل منهما بقلع البناء والغرس والاول اصح كما في

وبين انزول عن الشفعة فان اتفقا على بذل القيمة او اوجبا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوم مستحقا للبقاء في الارض ولا مقلوعا لانه انما يملك قلعه مع الارض بل اما ان تقوم الارض وفيها الفرس ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الفرس فيدفعه او ما نقص منه ان اختار التمتع او يقوم الفرس مستحقا للترك باجرة او لاخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه (متن)

الايضاح واتوى كما في جامع المقاصد والمساك وهو قضية كلام التحرير والشرائع والتذكرة حيث لم يذكر الا بعد بذل القيمة مع الفرس وكسبه من اليه او قل به في الدروس حيث قال ان قول الشيخ مشكل وقد نسب الي في الايضاح الى جمهور اصحابنا وفي جامع المقاصد الى اكثرهم ولم نجد لذلك ذكرا في غير ما ذكر الا في الجرح وقد يظهر ذلك من ابي علي قال في المبسوط قلنا الشفيع انت والخيار بين ثلاثة اشياء بين ان تمنع الشفعة او تأخذ وتعطي قيمة الفرس والباقى او تجبره على القلع عليك قيمة ما نقص وهو باطلاقة يتناول صورة الفرس ووجهه وان كان قد يدعي تبادل الاولى لاسيما مع ملاحظة حصول المذهب ونكتهم فهدى منه حصول الدورتين وقد صرح بعدم التوقف على الرضا في مثل هذه في مراعاة لمخلاف والمبسوط ودعى اليه في الاول جماع الفرة واخرهم كما سبق في الكلام في ذلك في باب الاحارة وتقدم له مثله في باب العارية وقال ابو علي فيما حكى كان الشفيع مخيرا بين ان يعطي قيمة ما احده المشتري وبين ان يترك الشفعة الخ ولم يتعرض لشي من ذلك في القلع والتمتع والانتزاع والنهاية والمراسم والكافي والمذهب والوسيلة والقيمة والشرع وجميع الشرائع والارشاد وقد سمت ما في الشرائع والتذكرة والتحرير وهو لا المتقدمون على الايضاح فدين ما نسب فيه الى جمهورهم (واما) الشيد المتقدم على جامع المقاصد فقد عرفت انه ما من او قل انما ذلك في صورة الرضا مع انه قد قصر الحكم بذلك اي انه يجب ان بذل القيمة على الشيخ ولو وافقه غيره ربه ذكره وهو مما يشهد على صحة تتبعنا فيه (قوله) * وبين انزول عن الشفعة * هذا مما لا كلام فيه كما في المبسوط ولا بحث كما في جامع المقاصد وهو واضح كما في المساك وظاهرهم ان ذلك له وان كان بعد اخذه بالشفعة لانه له ان يتمتع من القلع وبدل الارض ومن بدل القيمة نعم ان بذل له المشتري الفرس مجانا كان له ان يمنعه من الفسخ والنزول عن الاجرة (قوله) * فان اتفقا على بذل القيمة او اوجبا قبولها على المشتري مع اختيار الشفيع لم يقوم مستحقا للبقاء في الارض ولا مقلوعا لانه انما يملك قلعه مع الارض بل اما ان تقوم الارض وفيها الفرس ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الفرس فيدفعه او ما نقص منه ان اختار القلع او يقوم الفرس مستحقا للترك باجرة او لاخذه بالقيمة اذا امتنعا من قلعه * كما صرح بذلك كله في التحرير وكذا الدروس ولعل غرضها بيان ذلك التعريض في المبسوط قل فيه ان اختار لاخذ ودفع القيمة اخذ الشفيع باليمن المسمى ولاخذ ما احده المشتري بتسليمه حين لاخذ سواء كانت القيمة ما انفق المشتري او اقل لانه اذا كان الاخذ بالقيمة كان اعتبار القيمة حين لاخذ انتهى فيكون مرض المصنف ان المراد معرفة قيمته السوقية حين لاخذ لان المرجع فيها الى الصفات الثابتة للفرس حين لاخذ لانها مناط الثريعات فلا يقوم مستحقا للبقاء في الارض اذ لا يستحق ذلك ولا مقلوعا لان الشفيع لا يملك القلع الا بالارض فالطريق عنده الى ذلك امران (الاول) ان تقوم الارض وفيها الفرس ثم تقوم خالية فالتفاوت قيمة الفرس فيدفعه الشفيع واورد عليه في جامع المقاصد والمساك انه قد يكون بغضية كل من الفرس والارض الى الاخر باعتبار الهيئة الاجتماعية دخل في رتبة القيمة وذلك بانه لا يستحقه لمشتري فكيف يكون ما عدا قيمة الارض خالية حقا للمشتري وفيه ان الشفيع انما يستحق الارض فقط وهيئة الاجتماعية كلها للمشتري لانها انما حدثت في ملكه ولانه

ولو اختلف الوقت فاختر الشنيع قلعه في وقت اسبق تقتصر قيمته عن قلعه في آخره
ذلك ولو غرس المشتري او بنى مع الشنيع او وكيله في المشاع ثم اخذه الشنيع فالحكم
كذلك (متن)

لا يضمها لو قلع قطعاً ولو كان للشنيع فيها نصيب لضمها ثم قال المرد فالوجه الاسلام ان تقوم الارض
وفيه الغرس ثم يقوم كل منهما بنرداً فان بقي من مجموع القيمتين بقية قسمت عليهما على نسبة كل من
القيمتين فاذا كانت قيمة المجموع مائة والارض اربعين والغرس خمسة اتساعها او تقوم الغرس ثماناً غير مستحق
للقلع الا بعد بذل الارش وما ينقص عن هذه القيمة بالقلع ارشه لكن حيث تنوم والغرس فيها لم يبذروا
لنا ماذا يلحظ في الغرس فان له احوالاً (الثاني) ان يقوم الغرس مستحقاً للترك بالاجرة او لاخذه بالقيمة
حال كونهما ممتنعين من قلعه بمعنى انه ينظر فيه الى هذين الوصفين فيقول كم قيمة هذا الغرس الذي يستحق
الابقاء في ارض الغير بالاجرة ويستحق صاحب الارض اخذه بالقيمة قهراً عند امتناع كل من مالكه
ومالك الارض من قلعه وكل من الوصفين موجب لتقصان القيمة فان مالا يبقى الا بالاجرة قيمته انقص
من قيمة ما يبقى مجاناً وكذا ما يستحق اخذه قهراً وقد يناقش في كون الوصف الاخير موجباً لتقصان القيمة
بالنسبة الى الشنيع لان الظاهر ان المراد بالقيمة في قولهم مستحقاً لاخذه بالقيمة القيمة الواقعية لا القيمة التي
اوجب القهر نقصها سلمنا لكن يرد عليهم من ان الارش اذا ارش ما يستحق قلعه بالارش انقص من ارش
ما لا يستحق قلعه فهلا لحظوه وان قلت ان المراد انه يقوم مستحقاً لاخذه بالقيمة الواقعية قهراً وهذا
يوجب نقصاً في قيمته (قلنا) هذا لا يوجب نقصاً بالنسبة الى الشنيع بل بالنسبة الى الاجنبي لو اتلفه
ان سلمناه والا فهو محل نظر وله نظائر وقال في الدروس هذا لا يتم الا على قول الشيخ بان الشنيع لا
يملك قلعه وانه يجب الى القيمة لو طالب بملكه وهو مشكل انتهى ومعناه انه لو لم يكن مبنياً على ذلك
لقال او مستحقاً لقلعه مع الارش لانه وصف تنقص به القيمة ولا دخل لامتناع الشنيع من القلع هنا لان
امتناعه منه لا يرفع استحقاقه له وفي جامع المقاصد انه انما يتأتى ايضاً على القول بان الشنيع لا يجب عليه
ارش النقص بالقلع اما على القول به فانه لا يملك طلب الاجرة على الابقاء لان القلع لا يسوغ الا مع ضمان
الارش فما دام لا يبذله فالابقاء واجب عليه (قلت) قد عرفت اخل في ذلك ولعل الاوجه ان يقال انه
يقوم قائماً غير مستحق القلع الا بعد بذل الارش او باقياً في الارض باجرة ان رضي المالك ويتروك قولهم
او مستحقاً لاخذه بالقيمة لما عرفته وقول المصنف اذا امتنع من قلعه ليس شرطاً ليقوم بل هو من تمة
الوصف (وقوله) او ما نقص منه ان اختار القلع يريد به بيان طريق معرفة الارش على القول بوجوب بذله
فيكون ما نقص معطوفاً على الضمير المنصوب في قوله فيدفعه ويجوز ان يكون معطوفاً على منقول يقوم
وهو الارض والمعنى لا يختلف قال في المبسوط وعليه ما نقص بالقلع فيقال كم يساوي غير مقلوع فاذا
قالوا مائة قلنا كم يساوي مقلوعاً فاذا قالوا خمسين قلنا فاعطه خمسين ولا ينبغي ما في العبارة من عدم الجزالة
مع رجوعه عن الاشكال السابق في رد الارش مع القلع الى الجزم به فتأمل (قوله) * ولو اختلف
الوقت فاختر الشنيع قلعه في وقت اسبق تقتصر قيمته عن قلعه في آخره ذلك * كما في التحرير
وجامع المقاصد والمراد انه اختار ذلك ليخف الارش فله ذلك اذ لا يجب عليه الابقاء الى ان يمضي الزمان
الذي تكثر فيه قيمته قطعاً كما في جامع المقاصد (قوله) * ولو غرس المشتري او بنى مع الشنيع
او وكيله في المشاع ثم اخذه الشنيع فالحكم كذلك * وكذلك ما في التحرير وجامع المقاصد
ومزاده ان المشتري غرس وبنى في الجزء المشفوع حال الاشاعة مع الشنيع او وكيله بحيث يكون
الغرس والبناء بالادن المعتبر ويتصور ذلك بان يعتد الشنيع ان لا شفعة له او يتوهم كثرة الشمن ثم

ولو زرع المشتري فلشئيع اخذه وعليه ابتاء الزرع الى اوان الحصاد بحاجّة والنماء المنفصل المتجدد بين العتد والاخذ للمشتري وان كان نخلا لم يؤبر على ربي (متن)

يتبين اختلاف فقه اذا اخذ بالشفعة يكون الحكم في القرس والبند . كالحكم فيها اذا حصلت القسمة ثم غرس او بنى في حصته ثم اخذه الشئيع كما ذكر ذاك كله في جامع المقاصد (قوله) * ولو زرع المشتري فلشئيع احده وعليه ابقاء الزرع الى اوان الحصاد بحاجّة * كذا في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد وقول في جامع اثر نفع انه يحذر لمشتري على القلع بعد ذات الارش بالمرس (حجة) حجة به تصرف بقرى اذ ابروض انه تصرف بعد النسبة الشرعية او بالادن مع الاشاعة وله اتم . ينتظر فتكون مدته كمدته المتوقعة للمشتري فلا كذا كذا القرس والبند . فانها لا اتم . هم ينتظر فيه القلع وقدرت اتم الزرع في موت حاشي نفع الشئيع وهذا اذا احده الشئيع في الحال ولكن هل له تحجير الاحد الى ما يشاء الزرع ولانه لا يشئيع لان الشئيع او اخذه ولا يجب عليه بدل الشئيع الواجب للشافعية من يرمته بل قد يقول ما شئيع لا الآن ولا انفع الشئيع لان حاشي بدل المال الذي لم يحصل فائدة منه مرض مطلوب لعلنا وان ذلك حاشي من قبل المشتري ولمصلحته فكانت عدا مبروعا للتأخير كما هو حيرة البسوط والارض دوشرحه والى وكذا الدروس واختير في التدفئة والموت . ولا يوضح وجامع المقاصد به لا يؤبر به التحجير وهو ظاهر التحرير وفي المسالك انه لا يؤبر من قوة لان الشفعة على الفور ومش ذاك لا يثبت حاشي كما ويشتت الارض في غير وقت الشئيع لا يؤبر به الاحد الى وبنه حاشي . ترد في اشرع ويأتي من الكتاب ولا ترجيح في الكفاية . وكأنه قال ناشي في مجمع الزهراء وهو الاقوى الاصل لان كست على خلاف الاصل ومثله لو مال في المشوع ثمرة فانه يجب عليه الاخذ على الفور كما يجب عليه الاثناء الى انقضاء مبيع . ذكره في جامع المقاصد قال لو اجر المشتري في مدة فحاشي الشئيع . فمن به فسخ الاجرة انتهى كلامه من دون ترجيح والظاهر . انما ان له ذلك والا يرم الضرر على الشئيع ولا سيما اذا كانت المدة طويلة تريد عن اتم الزرع والتمرة ولا ضرر في الشئيع على المشتري ولما كان في تلمع الزرع ضرر عليه او جبا عليه الانفاء . (قوله) * والى . المنفصل المتجدد بين العتد والاخذ للمشتري * . هذا بما لا خلاف فيه في غير ثمرة الغنل الذي لم يؤبر كما استمع وقال في المسالك لا خلاف في ان الثمرة اذا ظهرت في ملك المشتري قبل الاخذ بالشفعة تكون للمشتري وان بقيت على الشجرة لانها فيكم المانص انتهى ووجهه انه بما ملكه فانه حينئذ مالك بالاستقلال وتزول الملك لا ينافي ملك اللى . (قوله) * * وان كان نخلا لم يؤبر على رأي * . اي الناء . الحاصل بين شد البيع وبين اخذ الشئيع بالشفعة للمشتري وان كان المبيع نخلا لم يؤبر قد يبيع مع ارض فان ثمرة التجدد بعد البيع للمشتري ولا يكون عدم تأبيرها موجبا لبينها انقص في الشفعة فيأخذها الشئيع فتأمل الاولى ان تقول وان كان اللى . ثمرة غنل لم يؤبر وقت الاخذ وذلك خيرة الشرائع والتحرير ولا يضاف والدروس وجامع المقاصد والمسالك وقال في البسوط فبما اذا ظهر الطلع بعد الابتاع ولم يؤبر واخذ الشئيع بالشفعة هل يتبع الاصل فيأخذ الشئيع فيه قولان اولاهما انه يتبع لعموم الاخبار واراد عموم الاخبار الواردة في وجوب الشفعة في المبيع ولعله اراد ان الطلع قبل التأبير ليس بما ينقل ويجوز حتى يخص به العموم بل قال فيه وفي الخلاف اذا باع الغنل منضما الى الارض وهو مشروط بشرط الثمرة في البيع كان للشئيع اخذ ذلك اجمع مهتدلا بالعموم المذكور ولم يستدل الى ما نحن فيه بما في الدروس وجامع المقاصد والمسالك بالقياس على البيع حتى يجاب بان الحكم ثبت في البيع على خلاف الاصل فالخات الشفعة به قياس على انه قد يكون اراد ان الطلع بعد ظهوره وقبل تأبيره لما ادخله الشارع في البيع دون سائر الماعر علمت انه عنده جزء منه كما اشار اليه في الشرائع بقوله لانه

وعلى الشفع التبقية الى وقت اخذه مجانا اما المتصل فللشفيع ولو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري وان اخذه الشفع بعد التأبير اخذ الارض والنخل دون الثمرة بحصتها من الثمن ولو ظهر استحقاق الثمن فان لم يكن معينا فلا استحقاق باق والا بطلت الشفعة ولا تبطل لو كان المدفوع من الشفع مستحقا (متن)

بحكم السنف فليتأمل وليس هو عين الاول فيصير الحاصل ان الشيخ يذهب الى انه جزء او كالجزء فلا يكون مما ينقل ويحول فيتناوله العموم ولا مخصص والجماعة يقولون انه خارج عن المبيع وانه مما يتناول ولا يجري مجرى الجزء الا في البيع فيتناوله التخصيص فتأمل ثم ان المصنف في التذكرة يقول بقول الشيخ لانه قوى في التذكرة فيما اذا كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء ثم اخذه الشفع قبل التأبير دخوله في الشفعة الا ان تنزق بين الطلع الموجود وقت البيع وبين الحادث في ملك المشتري فان الاول يتبع النخل كما يتبع النخل الارض فتأمل (قوله) * = * وعلى الشفع التبقية الى وقت اخذه مجانا * = لان له امدا ينتظر فيه القطع فكان كالتزويج (قوله) * = * اما المتصل فللشفيع * = بلا خلاف كما في المبسوط ومراده كما هو عادة ذنبه بين المسلمين وذلك ككبر الودي وزيادة اغصان النخل ونحو ذلك (قوله) * = * ولو كان الطلع غير مؤبر وقت الشراء فهو للمشتري وان اخذه الشفع بعد التأبير اخذ الارض والنخل دون الثمرة بحصتها من الثمن * = * كما في التذكرة والتحرير والمسالك وجامع المقاصد وقال في الاخير انه اذا اخذه الشفع بعد التأبير فالثمرة للمشتري قطعا فيجب ان يسقط من الثمن حصة الطلع منه لانه قد ضم غير المشنوع الى المشنوع وطريق ذلك تقويم الجميع ثم تقويم الطلع وتنسب قيمته الى قيمة المجموع ثم يسقط من الثمن بهذه النسبة ولم يتعرض المصنف في هذا الفرض لما اذا اخذ الشفع بالشفعة قبل التأبير وقد قوى في التذكرة كما سمعت حكايته آذنا دخوله في الشفعة كما دخل في المبيع فصار بتزويج النخل في الارض (قوله) * = * ولو ظهر استحقاق الثمن فان لم يكن معينا فلا استحقاق باق والا بطلت الشفعة * = * كما نص على الحكم الثاني في المبسوط وعليه وعلى الاول في السرائر والشرائع والتذكرة والتحرير والارشاد وشرحه لواءه والدروس وجامع المقاصد والمسالك ومجمع البرهان ونص الخراساني على الثاني والوجه في الحكمين واضح لان استحقاق احد العوضين المعينين يوجب بطلان البيع لبقاء الآخر بغير عوض في مقابلة بخلاف ما في الذمة فان المدفوع عنه لا يتعين ثمنا على تقدير ظهوره مستحقا بل الثمن امر كلي في الذمة فلا يبطل البيع كما لو لم يكن دفعه بعد ولو اجاز مالك الثمن الشراء صح البيع وثبت الشفعة (قوله) * = * ولا تبطل لو كان المدفوع من الشفع مستحقا * = * كما في الشرائع والتذكرة والدروس وجامع المقاصد والمسالك لان استحقاقه لها ثبت بالبيع وهو صحيح سواء كان ما جعله الشارع عوضا معينا كقوله اخذت الشقص بهذه الدراهم او مطلقا كقوله تملك او اخذت بعشرة دراهم وهي مقدار الثمن وهو معنى قوله في الشرائع لم تبطل شفعتي على التقديرين وفي الدروس انها تبطل اذا علم الشفع باستحقاق الثمن اذا جاءها فورية انتهى وهذا منه مبني على ان الملك لا يحصل الا باللفظ ودفع الثمن كما هو مختاره ومختار المصنف كما سلف وعلى انه يجب التور بدفع الثمن كما يجب التور باللفظ وهذه الملازمة هي التي يستضيها النظر وقد ادعاها في جامع المقاصد كما سلف ونحن قد دأبنا فيها ههنا لان الذي تعبر فوريته انما هو الصيغة واما دفع الثمن فالاصل عدم اعتباره وعلى ذلك نبه في المسالك ويشهد على ذلك تنويع اطلاق العبارة لذلك لكن مقتضى النظر خلاف ذلك وربما فرق مع العلم بين كون الثمن معينا ومطلقا لانه مع التعيين يلزم اخذ فينا في التورية بخلاف لطلاق فان الاخذ صحيح ثم يدفع الواجب بعد ذلك فليتأمل فيه

ولو ظهر عيب في الثمن المعين فرده قدم حق الشفيع فيطالب البائع بقيمة الشقص ان لم يحدث ما يمنع الرد وبالأرش ان حدث ولا يرجع على الشفيع ان كان اخذه بقيمة العوض الصحيح ولو عاد الى المشتري بهمة وشبهها لم يملك رده ولو طلبه البائع لم تجب اجابته ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالاقرب ان الشفيع لا يرجع بالتفاوت (متن)

(قوله) * ولو ظهر عيب في الثمن المعين فرده قدم حق الشفيع * اذا اشترى شقصا من دار بعبد مثلا فاصاب البائع بالعبد عيبا فما ان يكون العلم بالعيب قبل ان يحدث به عنده ما يمنع الرد او بعده وعلى التقدير الاول ما ان يكون فدرد العبد بالعيب او لم يرد وعلى التقدير الثالث ما ان يكون قد اخذ الشفيع بالشفعة او لا والتاخر ان المراد من العبارة انه لم يعلم بالعيب ولم يرد لا بعد حد الشفيع والشفعة اذ لو لم يكن المراد منها ذلك لكان قوله فيها ياتي اما لو لم يرد البائع الثمن حتى اخذ الشفيع انبغ تكرارا كما ياتي بيانه انشا الله تعالى فكان الحاصل انه لو ظهر عيب في الثمن المعين قبل حدوث حدث فيه فللبائع رده لان ذات حق له فلا يسقط لكن حق الشفيع ايضا لا يسقط لانه قد ثبت صحة البيع فثبت الشفعة وقد اخذ بها ولا ينفيم الفسخ كما تقدم بين ذلك مسغا، شرح قوله فان تقابل المتاعان او رد بعيب (قوله) * فيطالب البائع بقيمة الشقص ان لم يحدث ما يمنع الرد * اي اذا قدمنا حق الشفيع واخذ الشقص فللبائع فيطالب المشتري بقيمة الشقص حين الرد اما الاول فلان في حكم التالف وان التالف المشتري واما الثاني فلانه حين انفساخ البيع ولا فرق في ذاك بين ان تريد قيمة الشقص عن قيمة الثمن او تنقص لكنه ان يثبت له الرد اذا لم يحدث رده في الثمن عيب يمنع الرد كما تقدم في محله (قوله) * وبالأرش ان حدث ولا يرجع على الشفيع ان كان اخذه بقيمة العوض الصحيح * كفي في المبسوط والشرائع والتذكيرة والتحرير والارشاد والدروس وجامع المصنف والمساك ومجمع البرهان اما الاول فلتعذر الرد حينئذ ولا يجوز ان يذهب عليه من الثمن والعيب واما الثاني فلان الشفيع اذا كان قد اخذ به الثمن الصحيح مثله صحيحا ان كان مثليا وبقيته كذلك ان كان قيسيا فلا سبيل عليه لانه قد استدرت العلامة نعم ان لم يكن اخذه كذلك فله المطالبة بالمال الصحيح او بباقى قيمة الصحيح لان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر على المشتري والذي استقر عليه بعد وارث نقص ذلك العبد على ان وجوب الارش من مقتضيات العقد لاقتضائه السلامة وانه قيل انه لا يرجع لان الشفيع يأخذ بالثمن الذي استقر عليه العقد وكذلك الحال في اذ رضي البائع به معيه ولم يرد مع عدم المانع من رده واختار الارش (قوله) * ولو عاد الى المشتري بهمة وشبهها لم يملك رده ولو طلبه البائع لم تجب اجابته * كفي في المبسوط والشرائع والتذكيرة والتحرير والدروس وجامع المصنف والمساك لان العلة قد انقطعت بين البائع والمشتري فلم يعد الشقص الى المشتري بهمة وخوها لم يكن المشتري رده والمطالبة باقيمة ولا البائع رد القيمة واخذ لان المشتري قد برئت ذمته بدفع القيمة البائع وهو قد ملكها ملكا مستقرا فليس لاحدهما بطلان ذلك وذلك بخلاف الفاصد اذ دفع القيمة للمشتري فله رد المذهب واحتال الوجين بـ على ان الزائل العقد كانه لم يزل او كانه لم يعد لوجهه لانه يتبع في ذلك الادة (قوله) * ولو نقصت قيمة الشقص عن قيمة الثمن فالاقرب ان الشفيع لا يرجع بالتفاوت * قال في المبسوط فان عاد الشقص الى ملك المشتري بهمة وشبهها لم يملك رده ولو طلبه البائع لم تجب اجابته عليه ان طالبه به فاذا لم يعد اليه فقد استقر الشقص على المشتري بقيته وعلى الشفيع قيمة العبد وانقطعت العلة بين المشتري وبين البائع وهل بين الشفيع وبين المشتري ترجيح لا قيل فيه وجوب (احدهما) لا تراجع بينهما لان الشفيع يأخذ الشقص من المشتري بالثمن الذي استقر عليه والذي استقر عليه العقد هو الثمن (والثاني) بينهما تراجع لان الشفيع يأخذ الشقص من المشتري، الثمن الذي استقر على المشتري

ولو كان في يد المشتري فرد البائع الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع لسبق حقه وخذه
بقيمة الثمن وللبائع قيمة الشقص وان زادت عن قيمة الثمن ولا يرجع المشتري
بالزيادة ويحتمل تقديم حق البائع لان حقه استند الى وجود العيب. الثابت حالة البيع
والشفعة تثبت بعده (متن)

والمن الذي استقر على المشتري قيمة الشقص فوجب ان يكون بينهما تراجع فان قلنا لا تراجع فلا كلام
وان قلنا بينهما تراجع قابلت بين قيمة العبد وقيمة الشقص فان كانت القيمتان سواء فلا كلام وان كان
بينهما فضل تراجع فان كانت قيمة الشقص اكثر من قيمة العبد رجع المشتري على الشفيع بتأم قيمة الشقص
وان كانت قيمة الشقص اقل رجع الشفيع على المشتري بما بينهما من الفضل انتهى كلامه بومته او وكما
سمعت لا ترجيح فيه لو حدد من الوجهين كما لا ترجيح في التحرير والايضاح فما في الايضاح وجامع المصنف
والمسالك من ان الشيخ قال يرجع لان العقد قد بطل فلم يعتبر ما وقع عليه بل اعتبر ما استقر وجوبه على
المشتري لم يعد دفع محرم في النسبة والدليل ويرشد الى ذلك انه لم يذكر ذلك في المختلف ولا الدروس
وكيف كان فعدم رجوع الشفيع بالتفاوت خيرة الشرائع وجامع المقاصد والمسالك ووجهه ما سمعته في
كلام الشيخ والظاهر انه لا فرق بين ان يكون الشفيع قد دفع الثمن او لا فان لم يكن دفع وجب عليه
الدفع كما في جامع المقاصد ويأتي ما يدل عليه وقد يظهر الفرق من عبارة المبسوط والتحرير والشرائع
والكتاب حيث فرضوا المسئلة فيا اذا كان قد دفعه وحكم في الاخيرين بعدم رجوعه وتردد في الاولين
ويمكن ان يكونوا ارادوا يرجوعه به استثناء التناوت. وجب عليه العقد وسموه رجوعا على تقدير عدم
دفعه نظرا الى ثبوت عليه او لا فيستعمل النسيب فتأمل (قوله) ولو كان في يد المشتري فرد البائع
الثمن بالعيب لم يمنع الشفيع لسبق حقه ويخذه بقيمة الثمن وللبائع قيمة الشقص وان زادت عن قيمة
الثمن ولا يرجع المشتري بالزيادة كما في الشرائع وجامع المقاصد والمسالك وهو خلاصة كلام
المبسوط والتذكرة وفي هذا تنبيه على ان الشفيع انما يأخذ من المشتري وان كان اخذه البائع كما يعطيه
اطلاق هذه العبارات وهو خلاف ما تقدم لنا فيه وفي مثله من انه اذا كان في يد البائع كان الاخذ منه
وعلى انه لا فرق في تقديم حق الشفيع بين ان يكون قد اخذ بالشفعة او لا وبين ان يكون الشقص
في يد المشتري او لا لاشتراك الجميع في القضي لترجيح الشفيع وقد تقدم بيانه وحيد فأيأخذه بقيمة
الثمن سلبا ثم يأخذ البائع من المشتري قيمة الشقص وان زادت على قيمة الثمن ولا يرجع المشتري على الشفيع
بزيادة قيمة الشقص على الثمن لانه انما يستحق عليه الثمن الذي وقع العقد ولعل الغرض هنا بيان ان المشتري
لا يرجع بالزيادة جزما وام القيصه فلحكم فيها ما تقدم من الاقربيه والحزم والتوقف فتأمل (قوله)
ويحتمل تقديم حق البائع لان حقه استند الى وجود العيب الثابت حالة البيع والشفعة تثبت
بعده كما في المسالك ولان الشفعة شرعت لازالة الضرر فلا تثبتا حيث يتضرر البائع باثباتها لان قيمة الشقص قد
تكرر اقل مما يأخذه الشفيع بقيمة الثمن والضرر لا يزال باضرار كذا قال بعض الشافعية وهو المذكور
في توجيه هذا الاحتمال في المبسوط والتذكرة ونحوه في الدروس لكنه فسر الضرر الداخل على البائع
بنوات الشقص وهو اجود من الاول ولان الشفيع بتزلة المشتري ورد البائع يتضمن نقض ملكه كما
تضمن نقض المشتري والاولى توجيهه بما ستسمعه فيما بعده بلا فاصلة وكيف كان فهذا الاحتمال لبعض
الشافعية وقد ضمنه جماعة من اصحابنا وقد تقدم الكلام في ذلك مستوفى عند شرح قوله وان تقابل
التباين وقد ذكر هذا الاحتمال في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس كالكتاب في صراحة ما اذا
رد البائع الثمن والشقص في يد المشتري لم يأخذه الشفيع وصريح كلامهم جميعا انه اذا كان قد اخذه
الشفيع قبل ان يرد البائع فلا مجال لهذا الاحتمال والتوجيه الاول بل وغيره يقتضي الاطراد في الاقسام

بمخلاف المشتري لو وجد المبيع مبيعاً لأن حقه استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد أما لو لم يرد البائع حتى أخذ الشفيع فإن له رد الثمن وليس له استرجاع المبيع لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي ولو تاف الثمن المدين قبل قبضه فإن كان الشفيع قد أخذ الشفيع رجع البائع بقيمته ولا بطلت الشفعة على أشكال (متن)

كلها و يبقى تمام الكلام قريباً (قوله) ٥٠٠ بمخلاف المشتري لو وجد المبيع مبيعاً لأن حقه استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد ٥٠١ هذا جرى مجرى سؤال مقدر وهو أن هذا المبيع متى تفرغ من المشتري متى إذا وجد المبيع مبيعاً واراد رده وإبطال حق الشفيع فأجاب عن هذا السؤال ٥٠٢ كما تقدم في الفرض المذكور لأن حق الشفيع لا ينافي حق المشتري لأن حق المشتري استرجاع الثمن وقد حصل من الشفيع فلا فائدة في الرد واعترضه في جامع المقاصد رد لانسلم زحدر ودية المشتري إذا رد في استرجاع الثمن بل من فوائد أيضاً السلامة من ذلك المبيع أو ظهر مستحقاً فحينئذ يستوي له رد المشتري في تطرق الاحتمال إلى تقديم حق كل منهما على حق الشفعة وبالعكس انتهى وقد تقدم أن من المبيع المشتري لم ينسج من جهة خوف ذلك لمبيع أو أخذه الشفيع وإنما دفع من جهة العيب وذهب بعض الثمن إليه فادرجع إليه الثمن كما تقدمت مظلته ولا كذلك البائع من أنه يرضى بالعيب وذلك شتماً له فقدم حق الشفيع إليه يكبر قد ذهب منه الثمن والعين التي قد اشتراط مع على أن قيمة الشئ قد تكون أقل من قيمة العين بل يمكن أن يجاب عن ذلك أن ذلك لم يمتدوا إليه في مدة من قبل كذا في لانه قل ما يلتفت إليه وأعلمه لو استندوا في توجيه الاحتمال لما ذكره كان سداً وحوداً به بفتح الترتيبين الدافع والمشتري دافعاً الشراء بالثمن إلى يكفي بده التعيين فيه (قوله) ٥٠٣ أما لو كان داخلاً حتى أخذ الشفيع فإن له رد الثمن وليس له استرجاع المبيع لأن الشفيع ملكه بالأخذ فلا يملك البائع إبطال ملكه كما لو باعه المشتري لأجنبي ٥٠٤ كما دسج بذلك كله في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد ودرج بدأت بدون التظفر بالأجنبي في الشرائع والتحرير والدروس كما عرفت آنفاً وعبارة هذه الكلمات باطلاً شامة لما إذا علم البائع ولم يرد حتى أخذه الشفيع ولما إذا لم يعلم ولم يرد حتى أحسنه ورضى ما نحن فيه في التذكرة فيما إذا علم البائع ما عيب بعد أحد الشفيع وقضية ذلك لا ولاية له إذا علم ما عيب قبل أخذ الشفيع ولم يرد حتى أخذ منه ليس له استرجاع المبيع فتكون موافقة للمبسوط وهو وإنه ويجب أن تحمل عبارة الكتب هنا على هذا الشق الأخير وهو ما إذا علم قبل الأخذ ولم يرد حتى أخذ لأنه لو لا ذلك كان مذكوره مستدركاً لست ذكره فإنه يعني هو ما ذكره أو واداً حينئذ إلى ما ذكرنا والاول على ما ذكرناه يعلم كما بيناه من الاستدراك وكذلك العكس وأحكامه لا ينافي مع إذا ملكه بالأخذ فليس للبائع إبطال ملكه كما إذا باعه المشتري لأجنبي وقد ظهر عيب في العين فإن البائع لا يملك إبطال ملك الأجنبي قطعاً فكذلك في حق الشفيع ومثله ما لو قبض أحد الشفيعين ما عيب ثلاث العين قبل القبض فإن البيع الثاني لا يبطل ويرجع صاحب العين البيعة ثانياً بقيمتها كما أنه على ذلك كله في جامع المقاصد (قوله) ٥٠٥ ولو تاف الثمن المدين قبل قبضه فإن كان الشفيع قد أخذ الشفيع رجع البائع بقيمته ولا بطلت الشفعة على أشكال ٥٠٦ قال في المبسوط لو باع شئ بعد فقلب العبد قبل القبض بطل البيع وبطلت الشفعة بطلانه فقد حكم بطلانها مطلقاً وهو خية التذكرة وتورد في ذلك في الشرائع والتحرير وكذا الدروس وفصل الحنف هنا فقال إن أخذ الشفيع قبل تمام الثمن لم تبطل الشفعة ورجع البائع بقيمة الشئ واستشكل فيما إذا تلف قبل أخذه وكذلك في جامع المقاصد

ولو ظهر العيب في الشئ فان كان المشتري والشفيع عالين فلا خيار لاحدهما وان كانا جاهلين فان رد الشفيع تخير المشتري بين الرد والارش وان اختار الاخذ لم يكن للمشتري النسخ وهل له الارش قيل لا لانه استدرك ظلامته ويرجع اليه جميع ثمنه وكان كالرد ويحتمل ثبوته لانه عوض جزاء فانت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه فحينئذ يسقط عن الشفيع بقدره (متن)

وبقي المصنف في الفصل الرابع الاشكال فيه ايضا فيا اذا اعترف الشفيع بتلفه والاصح بقاء الشفعة في الشئ الثاني ايضا كما في المختلف والتحرير في موضع آخر منه والايضاح والحواشي والمالك والروضة لان البطلان كالتقاييل صار على استحقاقها لانه يحل من حين التملك لامن اذله ووجه البطلان ينشأ من وجود البطل قهرا وهو التلف فعدمه شرط في صحة البيع وشرط السبب شرط في السبب اي الشفعة فعاد الامر كما كان اي عاد الشفيع للشريك الاول والضرر ان حصل بالشريك الحادث وقد زال والجواب يعلم بما مر من ان عدم التلف قبل القبض شرط لبقاء صحة البيع والسبب في الشفعة حدوث البيع لابقائه فهو شرط بقاء صحة السبب ولا تغفل عن الحال في الضرر وان قلنا ان تلف الثمن المعين قبل قبضه من مال البائع كما هو ظاهر العبدات في باب البيع ومقتضى القواعد والخبر النبوي لاشكال في مقام لكن كرامهم في الباب دريغ او كان صريح في انه من مال المشتري كما بيع حيث يتلف قبل قبضه فانه من مال البائع قول واحد وان العقد ينسخ من حينه لكنه بقدر دخوله في ملك البائع قبل التملك آنا ما وقد قلنا هـ: انك ان ظاهرهم هذا الاتفاق على ان تلف الثمن كذلك من مال المشتري وكيف كان في المسالك والروضة من ان بعضهم قال ان اخذ قبل تلف الثمن لم تبطل ولا بطلت لم نجد القائل به ولا من العامة ولا لذكوره في التذكرة او اشار اليه في المبسوط (قوله) = واذا ظهر العيب في الشئ فان كان المشتري والشفيع عالين فلا خيار لاحدهما = كما في المبسوط وغيره ولا ارش كما هو ظاهر كما في جامع المقاصد والمالك وعليه نص في التحرير (قوله) = وان كانا جاهلين فان رد الشفيع تخير المشتري بين الرد والارش وان اختار الاخذ لم يكن للمشتري النسخ = كما في الثرائع والتحرير وجامع المقاصد وهو قضية كلام المبسوط والتذكرة وتوضيح الكلام في ذلك انهما ان اتفقا على رد او اخذه بالارش او بدونه فلا يمتثل وان اختلفا في الارادة فاراد الشفيع رده فالمشتري مخير بين الرد والارش فان اختار لقائه تخير بين اخذ ارشه وعدمه وان انعكس فاراد الشفيع اخذه دون المشتري قدم الشفيع كما قسم ولم يكن للمشتري النسخ (قوله) = وهل له الارش قيل لا لانه استدرك ظلامته ويرجع اليه جميع ثمنه وكان كالرد = هذا القول للشيخ في المبسوط في مسألة ما اذا كان الشفيع عا والمشتري جاهلا قال ايس المشتري ان يطالب بارش العيب قول واحد والجمعة حكوا خلافه في المسئلة مع انه لم يتعرض فيها للارش لان المثلين من نسخ واحد وما نسبوه اليه من الاستدلال عليه بما في الكتاب لم يذكره في المبسوط اصلا ولا في غيره وانما هو لبعض الشافعية ومعناه انه كما لا يجمع بين الرد والارش فكذا لا يجمع بين اخذ الشفيع والارش ويشكل منع كون استرداد الثمن كالرد لانتقاضه بما اذا باع المشتري بضاعة الثمن وانما استدلال الشيخ عليه بالاجماع كما سمعت وستعرف وجهه (قوله) = ويحتمل ثبوته لانه عوض جزاء فانت من المبيع فلا يسقط بزوال ملكه فحينئذ يسقط عن الشفيع بقدره = هذا لاحتمال ول من ذكره منا احتمالا المحقق في الثرائع قال لو قيل به كان حسنا وقد احتمل ايضا في التحرير والايضاح من دون ترجيح كالكتاب وقد فهم في المسألة الثمن عبارة الثرائع اختياره واختاره موافقا لمصنف في التذكرة والشهيد في الدروس وصاحب جامع المقاصد فيه مستندين الى ما ذكره لمصنف وان

وكذا لو علم السفيح خصة ولو علم المشتري حصة فشفيع رده وليس له الراء ولو كان
المشتري قد ستره بأبرقة من كل عيب فان علم الشفيع بالشرط فكالمشتري والا فله
الرد « التمسد الرابع في مستطات الشفعة » وتستط بكل ما بعد تقصيرا او توانيا
على ربي (امتن)

فاذا بلغه الخبر فلينهض للطلب فان منع برض او حبس في باطل فليوكل ان لم يكن فيه مونة ومنة ثقيلة فان لم يجد فليشهد فان ترك فالاقرب عدم البطلان فان بلغه الخبر متواترا او بشهادة عدلين فقال لم اصدق بطلت شفعتي ويتقبل عذره لو اخبره صبي او فاسق (متن)

== فاذا بلغه الخبر فلينهض للطلب == بمعنى انه يمضي الى المشتري على الفور فان اخر الطلب مع عدم العذر بطلت شفعتي كما تقدم الكلام فيه وقد تقدم انه قال في التذكرة انه لا يشترط في تملك الشفيع الشفعة حكم الحاكم ولا حضور الشمن ولا حضور المشتري ورضاه عند علمائنا كما جامع المقاصد انه انما يملك مع حضور المشتري وان الطلب لا يعتد به الا مع حضوره وان التورم يطرون على وجوب السعي الى المشتري فالتائلون بالهورية جطره على الفور وقد جمعنا بين الكلامين فيما تقدم بانه اذا اراد الاخذ من المشتري والتملك منه فليض اليه والا فلا وقلنا انه ليس بشي كما تفرق بين الطلب والتملك اذ الظاهر انها بمعنى كما تقدم غير مرة الا ان تفرق هنا بأن التملك لا يشترط به حضور المشتري بل انه ان يقول لما يبلغه الخبر ويعرف الشمن اخذت بالشفعة ولكن لا بد منه من الذهاب اليه فورا ليدفع له الشمن لان دفعه واجب فورا ايضا وبه يتم الملك الا ان يرضى ببقائه في ذمته او يدعي عيبه وهو في المصر او انه يريد ان يرحله من بلد آخر وكذا اذا بلغه الخبر ولم يعرف مقدار الشمن لا بد من المخي اليه ليعرف مقداره الا يكون اخذه وعملك فاسدا فالمضي اليه على الفور الذي هو غير التملك لا بد منه وقد تأملنا في اجماع جامع المقاصد فيما سبق فليتأمل في ذلك كله وليلاحظ ما تقدم (قوله) == فان منع برض او حبس في باطل فليوكل ان لم يكن فيه مونة ومنة ثقيلة == قد تقدم انه يستند من كلامهم هذا وعبره انه لا يمكن التوكيل في غير المعذور واركان الشفيع اجل جليل وقد تقدم الكلام فيه في اوائل الفصل الثالث ولا يفرق في المرض بين ان يكون عارضا او لم يكن لا يستطيع المارة ومن الحبس في الباطل الحبس في الدين مع العجز وكذا ان القالب كما تقدم بيان ذلك وليس ببعيد ان تحمل ثقله صفة لكل من المونة والمدة على طريق البدل فلا اثر المدة القليلة عرفا وكذلك المدة اليسيرة فان اخل بذلك مع الامكان بطلت شفعتي كما في جامع المقاصد وعلى التقديرين هو خلاف ما اختاره في التذكرة من انه اذا اخر التوكيل مع قدرته عليه بطلت شفعتي وحكي التقييد بعدم لحرق المدة والمونة عن الشفيع في احد اقواله (قوله) == فان لم يجد فليشهد فان ترك فالاقرب عدم البطلان == اي فان لم يجد الى التوكيل سبيلا فينبغي الاشهاد فان ترك ذنب البطلان قولان تقدم الكلام فيه مسبقا في اوائل الفصل الثالث (قوله) == فان بلغه الخبر متواترا او بشهادة عدلين فقال لم اصدق بطلت شفعتي == كما في المبسوط والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمسالك ولم يذكر التواتر في التحرير والروس ووضوحه وانما ذكر فيها شهادة العدلين وزيد في الاخير والتذكرة اخبار المعصوم (ع) والوجه في الجميع ظاهر لان عدم تصديقه حينئذ مكابرة الا ان يكون قريب عهد بالاسلام فقال لا اعرف حال المعصوم (ع) ولا اعرف ان شهادة العدلين توثق اليقين شرعا فانه يمكن القبول ومثل العدلين الرجل العدل والامرئان (قوله) == ويتقبل عذره لو اخبره صبي او فاسق == كما في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والمالك وقضية كلام المبسوط انه لا خلاف في ذلك لانه انما حكاه في العدل كما ستعرف لانه لا يشترط خبر احد هذين اليقين عقلا ولا شرعا وهو قضية كلام الدروس حيث قال فلو اخبره مخبر لا يعمل بقوله فهو عذر (قلت) فتدخل المنة الواحدة مطلقا والرجل الغير العدل بل والجماعة الذين ليسوا به دول ان لم يبلغوا حد الاستنافة فلو حصل بهم الاستنافة وافادت الظن المتأخيم للعلم ولم يصدقهم ذنب السالك في بطلانها وجهان مبنيان على ان مثل

او عدل واحد ولو اخبره مخبر وصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت وان لم يكن عدلا لان العلم قد يحصل بالواحد لارتان ولو اسقط حقه من الشفعة قبل البيع او نزل عنها او غنى او اذن فالأقرب عدم السقوط (متن)

هذا الحق هل يثبت بالاستحسان لا وثقة به في الروضة من دون توقف ولعله ظن ان الاستحسان المستحقة للعلم علم عرفا والشرع لا يظن كثرة من ذلك وحلاف فيما اذا اهدت الثمن الزحج في النسب والملك المطابق لموت والسكر والرق والتحق والارق والولاية والولادة لكثرة الاستحسان فيها وعسر اقامة البينة عليه وليس كذلك الخلاف واقع في انه يشترط في الاستحسان في هذه الامور العلم او يكتفي فيه بالثمن الترخيم والراجح مطلق وقد رجح في ربه الاكثر في هذه بالثمن الرجح خصوصا الوقت والسكر اذ لا يشترط العلم باختصاص هذه الامور ولا يكتفي بها في غيره وفي الكلام في قوله (قوله) او عدل واحد قوله في المبسوط وان اخبره بمالك شهد عدل قبل فيه وجهان (احدهم) يقبل قوله لان الشاهد الواحد ليس بجعة صدقوه (والثاني) لا يقبل قوله لانه حجة مع عين المدعي والاول اقوى انتهى وما فوه حجة السراج والتدكرة والتحرير والمساك وجعله في الروضة وجهه وكتفى به في الدروس مع القرينة (قوله) ولو اخبره مخبر وصدقه ولم يطالب بالشفعة بطلت ولو لم يكن عدلا لان العلم قد يحصل بوجهين لمقرس كذا في التدكرة والتحرير والدروس وجمع المقصد والمساك ويعلم تصديقه بصدقه عدمه ممكن لاصلاح عليه لامن فله (قوله) ولو اسقط حقه من الشفعة قبل بيع و نزل عن و نزل فالأقرب عدم السقوط قد اختلف الاصحاب في مسائل هل هي من الشفعة لا من غيرها في النور او الذي (الاول) نزل عن الشفعة قبل البيع متى نزل عن الشفعة وفي سقوطه حين قولان (الاول) عدم السقوط انه هو حجة اني علي فيما حكى من كونهما والسود والسرور والبيع والتدكرة والتحرير والتحصيرة ولا يباح والتمسح وجامع المقصد والمساك والتمسح والتمسح وهو ظاهر الخواشي وفي التتميع ان عليه اتوى (الثاني) السقوط انه هو حجة لانه لا يردعه شفع ارضه من عاية الرد وتورد في اشرايع وهو ظاهر الدروس حيث لا ترجيح فيه كذا ويصح له الميل الى السقوط وقد نسب فيه التردد الى المختلف لانه قال فيه بعد ان اختار قول ابن دريس في قول الشيخين قوة وفي امانة والنهاية والوسيلة وجامع الشرايع انه متى عرض الشارع الشيء على صاحب الشفعة بشئ معلوم فلم يرد فباعه من غيره بذلك الثمن وانما عليه لم يكن له حصة في الشفعة وبيع ما قل من الذي عرض عليه كان له المطالبة بها هذه عبارة التهمة والبقية عندها ومن ذلك عدم الارادة بعد العرض بمعنى انبول من الشفعة والتكليف وهو كونه هو ظاهر السرور ويظهر كونه هو لا لارادة مخامين ايض ولكن قد يلوح من الدروس ودية لمرد انهم مستلزمون في بيعه لمرد لاصلاحه ببول من الشفعة قبل البيع يلوح من كلام الشيخين وكيف كان فالوجه متحقق وان كان الحضور مع السكوت وعدم الاكدار معنى التزول وليس شيئا مما يقي من المثل لاحركات السقوط مذهب اني بوجهه على حكمة كاشف الرموز حيث قلنا الوجه السقوط لان الشفعة يبيع السرور والحضور مع السكوت يدل على الرضا والمركبة قلنا تقع الاذن الترخيم وهو حيز الشيخين وبني بوييه وتتميمه انتهى ويكون هو ايضا قنلا بالسقوط لكن قد يكون على هذه عدم السقوط ظاهر لاستحصار ويكون صهره الاجماع عليه لانه قلنا من نزل عن فرد الاممية به نزل عن الشفعة لا يسقط الا لا يتصح التتميع باستساق حقه ثم خذ في نقل مذهب الاممية الى نزل عن الشفعة والشعبي من بيعت حقه وهو شاهد م ينكر فلا شفعة له والذي يدل على صحة مذهب الاجماع لتكرره وجماعه هذا يمكن ان يسمى به سوق

لنرد على الشافعي والشعبي كغيرهما وان يدعى انه انما سيقى لاول كلامه وانما ليست على التور وانما لا تسقط بالتراخي وانما تسقط بالتصريح وهذا هو الظاهر بل لا نظر له الى غير ذلك بل قد يقال انه اذا نزل عنها وعنى وترك يكون قد صرح فتأمل على ان احدا لم ينسب اليه احدا من القولين ولو كان في كلامه المام بذلك لذكروه خصوصا الشهيد ثم انه اذا كان السقوط مذهب الصدوقين ايضا لم يبق في معتد اجماعه الا ابو علي من اصحاب الفتاوى المتقدمين عليه وكيف كان فالظاهر من الابهاء وعدم الارادة في كلام الشيخين ومن واقفهما الترك للشعبة والتزول عنها الى غير ذلك مما يأتي من المسائل قال اهل اللغة ونزلت عن الحق تركته فيكثر القائلون بالسقوط حيث ينزل عنها ويترك قبل البيع من المتقدمين والمتأخرين وان صح ما حكاه في كشف الرموز عن الشيخين والصدوقين واتباعهم دخل الراونسي والقاضيان والحليان والكيدري والكرجكي ولهم على ذلك ادلة (الاول) الاصل ولا قاطع من اطلاعات اخبار الباب اذ رجوعها الى العموم مشروط بتساوي الافراد من التبادر وعدمه في جميع الحالات ولا يتبادر ما اسقط فيه الشعبة من اطلاق ما دل على ثبوتها من غير شك حتى يرسل يونس فكان الشأن فيما نحن فيه كالشأن في اجازة الورثة الوصية با زاد على الثلث وهو محل وفق صالح للتأييد هذا كله بعد تسليم ان الاطلاقات مسوقة لبيان عموم الشعبة (الثاني) ان الشعبة لما شرعت لازالة الضرر وبه طأنعت عباراتهم في مسائل الباب من غير تكثير لمكان العلة الموصى اليها في خبر عقبة وبه عمل المعظم في سقوطها في العضائد الضيقة والحلمات ونحوها وقد اوضحنا ذلك واقفنا عليه البراهين الواضحة وقلنا اولا ذلك ما صح له الاخذ منه قهرا لانه كان الواجب عليه العرض عليه ليخلص من ذلك وبيننا وهم من انكر ذلك كشيخنا صاحب الرياض ومن ظهر منه ذلك كعلم الهدى والضرر معدوم هنا فانه قد عرضه عليه وامتنع وتزل عن الشعبة وذلك يدل على انه لا ضرر عليه وان كان فانه هو الذي اغخله على نفسه كما لو اخر المطالبة (الثالث) الخبر المروي في السرائر على عين عبارة النهاية الا قوله في النهاية وان باع باقل الى آخره فليس مرويا في الخبر والمروي في التذكرة بتن آخر ستسمعه وفي غاية المراد والتفتيح والدروس والمهذب البارع ومجمع البرهان وغيره بتن آخر ولم ينسب في احد هذه الى العامة بل ظاهرهم جميعا حتى المقدس الاردبيلي ثبوته وغايته انه يرسل ولم تقف على راد له وقائل بانه عامي قبل صاحب الحدائق وتبعه شيخنا صاحب الرياض وعلى تقدير كونه عاميا وما كان ليكون لانه رواه في السرائر يكتفي بالعمل به رواية هؤلاء له وعمل خمسة من القدماء به وجماعة من المتأخرين نعم لابن ادريس رده على اصله ويعضده فتوى المصنف والنهاية والوسيلة به وهي متون اخبار وعلى كل حال فنحن لا مانع لنا عن العمل به بعد اعتضاده بالدليلين الاولين وتوى من عرفت به ورواية الجماعة له من دون نسبته الى العامة على انهم لو نسبوه اليهم لا يمتنع ذلك كما عرفت والخبر رواه في التذكرة عن جابر عن النبي (ص) الشعبة في كل شركة بارض او ربع او حائط لا يصلح ان يبيع حتى يعرض على شريكه فياخذ او يدع قال فقد اجاز تركه (قلت) والمراد بالاخذ الشراء لا الاخذ بالشعبة وقد رواه الشهيد ومن ذكر بعده انه قال (ص) لا يملك ان يبيع حتى يستأذن شريكه فان باع ولم يذعن فهو احمق به (قالوا) علق الاستحقاق على عدم الاستئذان فلا يثبت معه والتزول اما بعد الاستئذان فظاهر سقوط الذمة واما قبله فكذلك اذ لا يسبق للاستئذان معنى معقول ولا نسلم ان ذلك من باب الاستعانة فتوقف ذلك على تحقق الاستعانة بالدين ومرادهم انه من بلب الارفاق وقد شرع لعنى يزول بزوال ذلك المعنى وحصل الاستدلال انه دال على السقوط بتهم الشرط وان الاستئذان بمعنى العرض عليه يشترى او يدع بقرينة خبر التذكرة وان الاذن الثاني في المنطوق والمنهوم معنى التزول وان كان بمعنى المعروف دل بالاولوية واستدل في مجمع البرهان على السقوط بانه وعد والاداة على وجوب الوفاء به كثيرة (قال) ولولا خوف خرق الاجماع لمكان القول بوجوب الابقاء متوجها فقول به هنا غير بعيد لعدم الاجماع على

او شرط الخيار له فاختر الامضاء ان ترتبت على الزوم (متن)

البطلان فيها لانه دال على الرضا بالبيع وفي جامع المقاصد ان الامسح ان فاقى الطلب على الفور
ابطل والا فقد ينتظر حضور الثمن ان جعلنا الطلب هو الاخذ انتهى فتأمل لاننا نقول ان كان ينافي
الفورية بطلت والا فلا الامع القرائن التي يفهم منها عادة وعرفا عدم ارادة الشفعة (قوله) * = * او
شرط الخيار له فاختر الامضاء ان ترتبت على الزوم * = * كما في التذكرة ومعناه انه لو شرط
للتشفيع الخيار فاختر الامضاء فان الاقرب بعدم السقوط ان قلنا بان الشفعة انا تثبت مع لزوم العقد
لان الامضاء حينئذ تمهيد لسبب الاخذ لان سبب الشفعة الزوم واختيار السبب لا ينافي طلب السبب
اي الشفعة بل اذا كان السبب من فعل من يطلب وموقفا عليه فلا بد من ارادة السبب وانجاءه حتى
يثبت السبب لان ذلك كالاسقاط قبل الثبوت ولان استحقاق الشفعة متاخر عن لزوم البيع فاجازته
قبل الزوم كاذنه في البيع ويمتثل منعنا السقوط لدلالته على الرضا لان اختياره من تمة العقد ان
ابطلنا شفعة الوكيل في البيع او الذراء وان قلنا بان الشفعة انما تتوقف على صحة البيع فقط لزمنا
القول بالسقوط لان اجازة البيع بعده اسقاط للشفعة باجماع القائلين بهذا القول كما في الايضاح ولانه
قد اخرها اختيارا فيحصل التراخي المنافي للفور وفي الحواشي انه يشكل بانترق بينه وبين المبادكة
وقد اطلق في الخلاف والمبسوط عدم السقوط وفي الدروس انه اقرب وحكى في الايضاح عن
الخلاف انها تسقط والموجود فيه اذا تبايعا بشرط الخيار للتشفيع فانه يصح كشرط الاجنبي ولا
تسقط شفعته وهي عين عبارة المبسوط و كيف كان فعلى المختار من ان الشفعة انما تتوقف على صحة
البيع اعموه النص كما تقدم يكون الامضاء قبل الاخذ مستقطا لها فاذا اراد عدم السقوط فليأخذ
اولا ثم يفيض البيع وقال في الايضاح بقي علينا ان نبين ان الشفعة هل هي مترتبة على الزوم او على
العقد ويمتثل الاول من حيث انها معلولة للبيع فيتوقف لزومها على لزومها ومن حيث وقوع البيع
ووجوبه وجب الشفعة لعموم النص والتحقيق ان امضاء البيع هل هو شرط السبب او الحكم انتهى
(قلت) الظاهر انه شرط السبب اي البيع فهو شرط لبقاء صحته ودوامه كما قلناه فبا اذا تلف الثمن
قبل قبضه حرقا خرقا فليحظ لانه هو المتيقن وكونه شرطا للحكم اعني الشفعة مشكوك فيه والعمومات
والاصل ينفيانه (اما الاول) فظاهر (واما الثاني) فلان الشفعة ليست عبادة ويمتثل ان يكون المراد
انه شرط في سببية البيع وانتفاء الحكمة لا تخل بسببيته ولا يفتنى ما في الوجه الاول من وجهي الايضاح
لان الاقسام اربعة وشرط السبب ما يخل عدمه بحكمة السبب وحينئذ فان اخذه قبل فسخ البيع ثبتت
الشفعة لان مجرد وجود البيع صحيحا في سبب الشفعة وان اخذه بعده وكذلك كذلك كما هو الشأن في
الاقالة وتلف الثمن المعين قبل القبض الا ان ينافي الفورية فيما نحن فيه وشرط الحكم ما يقتضى عدمه
نقيض حكمة السبب وقضيته على تقدير تسليم انه شرط له انه لا بد من لزوم البيع لان عدم الامضاء
وهو النسخ مع الاخذ بالشفعة قبله يقتضي نقيض حكمة الشفعة اذ حكمتها والمصلحة فيها ازالة الضرر
فالاخذ بها مع عدم الضرر مناف لحكمتها وانك ان تقول ان مراده في الايضاح ان كان الامضاء شرطا
لكونه سببا كان لزومها متوقفا على لزومها لانها حينئذ اذ ثبتت لزومها وان كان الامضاء شرطا للحكم
اي ثبوت الشفعة ولزومها كان مجرد وقوعه موجبا لثبوتها سواء قلنا بانه حينئذ تكون لازمة وتسقط
خياره كما هو خيرة المتقدمين او تسقط بعدم الامضاء كما هو رأي المصنف ومن تأخر عنه كما تقدم وهذا
يحتاج الى تجشم شديد ومساحات كثيرة في التعبير لتحصيله مع انه يرجع بالاخيرة الى ان امضاء البيع
هل هو شرط للزومها او شرط للزومها لانه اذا كان شرطا لسببية السبب رجع بالاخيرة الى كونه شرطا
للزومها فليحظ فنه دقيق وان ببقينا كلام الايضاح على ظاهره حتى يكون المعنى هل الامضاء شرط

او تلافه قبل قبضه بطلت على اشكال وتجوز الحيلة على الاسقاط بان يبيع بزيادة عن الثمن ثم يدفع به عوضا قليلا او يبرئة من الزائد او ينتله بغير بيع كصلح او هبة (متن)

ينفذ على الشفيع كما ان اقراده لا ينفذ عليها (قوله) * * * او تلافه قبل قبضه بطلت على اشكال * * * هذا على نسخة تلافه فرع على المسئلة السابقة من انه اذا تلف الثمن المين قبل قبضه هل تبطل ام لا وقد تقدم فيها الكلام كهبأ وان الاصح عدم بطلانها وهذه النسخة هي التي بنى عليها في الايضاح والحرشي وجامع المقاصد فيكون المراد وكذا تبطل لو اعترف الشفيع بتلف الثمن المين قبل قبضه البائع له على اشكال وقد حكى في الايضاح عن الشيخ في المسئلة انه حكم بالبطلان والشيخ في المبسوط انما حكم فيها اذا تلف لا فيما اذا اعترف ولا تعرض له في غيره ولعله لمكان اتحاد الطريق وعلى نسخة تلاف بالماضي يكون تكرارا وظاهر العبارة ان الاشكال في المسائل الثلاث والشارحون جعلوه في الثالثة فقط ولعله لانه لاوجه لتعميمه وكيف كان فالمرح بالبطلان في صورة الاعتراف ولده والشهد في الحواشي والمحقق الثاني وقد تقدم بيان وجه (قوله) * * * وتجوز الحيلة على الاسقاط * * * بالمباح مطلقا عندنا وعند جماعة من العامة خلافا لاحمد بن حنبل كما في التذكرة ولا كراهية في ذلك كما فيها ايضا وفي المسالك الاصل وانه ليس فيها دفع حتى عن الغير فانها اذا ثبتت بعد البيع مع عدم المعارض فاذا لم يوجد بيع او وجد مع المعارض فلا شفعة والاصح في وجهي الشافعية وهو خيرة محمد بن الحسن الشيباني انها تكره لما فيها من ابقاء الضرر على الشريك واما الحيلة بالحرمان فكما اذا تعاقد بشن واطهرا اكثر منه لاسقاط الشفعة فانه لا يجوز جماعا كما في التحرير وكما اذا تباعا واطهرا الانتقال بغير البيع كصلح او هبة والغرض من لاسقاط في قولهم تجوز الحيلة على الاسقاط انه يجوز رفع تحقق الشبهة كما اذا صالح وفعل ما يوجب غاها من الشفيع التزول عنها واسقاطها كما اذا باعه بزيادة عن الثمن ثم دفع له عوضا قليلا فاطلاق الاسقاط لا يخلو من مسامحة وتجوز اذ الاسقاط في الاول بعدم الثبوت وقد اقاموا اعراض الشفيع مقام الاسقاط والا فالشفعة لاتسقط (قوله) * * * بان يبيع بزيادة عن الثمن ثم يدفع به عوضا قليلا او يبرئه من الزائد او ينتله بغير بيع كصلح او هبة * * * الى غير ذلك من الصور التي (منها) ان يبيعه بشن قسي ويقبضه البائع ويبادر الى اتلافه قبل العلم بقيسته فتدفع الشفعة لمكان الجبل بالشن (ومنها) ان يبيع عشر الشقص بتسعة اعشار قيمته ثم يبيع تسعة اعشاره الاخر بعشر قيمته فلا يتمكن الشفيع من اخذ العشر لزيادة قيمته ولا من اخذ التسعة اعشار لمكان تكرار التكرار (ومنها) ان يبيعه المشتري سلعة باضعاف قيمتها ثم يشتري الشقص بذلك الثمن (ومنها) ان يوجره الدرمة كثيرة بقليل ثم يبيعه بثمن الذي تراضى عليه (وبيان) المثال الاول في كلام المصنف ان يبيع الشقص بزيادة عن الثمن اضعافا مضاعفة ويخذ منه عوضا قيمته مثل الثمن الذي تراضى عليه عوضا عن الدر المجهول ثما فان اخذ الشفيع بالشفعة ازمه الثمن الذي وقع عليه العقد لاقيمة العرض لان ذلك هو وضعة اخرى بين المشتري والبائع ومتضمنى كلامهم كما هو صريح الشرائع والمسالك والكفاية ان الثمن الذي وقع عليه العقد لازم للمشتري وجاز لبائع اخذه وان كان بينهما مواطاة على ذلك اذ لا يستحق المشتري ان يخذ من الشفيع الا ما ثبت في ذمته ولا يثبت في ذمته الا ما يستحق البائع المطالبة به لكن قل في التحرير لو خالف احدهم ما توطنا عليه قطاب صاحبه تا ظهور نومه في ظاهر الحكم ويرم عليه في الباطن لان صاحبه تا رضي بالعقد التواضي انتهى وفيه زيادة على ما عرفت ان الظاهر ان المطالبة بين البائع والمشتري ومخالفة البائع في مطالبة لمشتري باثن الكثير ظاهره واما مخالفة المشتري في مطالبة البائع وفعله الحرام فلا تكاد تتصور في جميع الامثلة لانه اذا خالف اعترف بالاكل وحينئذ لا اثم عليه بل لو خرج عن ظاهره وقل المراد مطالبة الشفيع لانه صاحبه فلا اثم عليه ايضا لانه اذا

ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة احتمل السقوط لسقوط بعض ما يوجب الشفعة والثبوت لبقا ما يوجب الجميع ابتداءً فله اخذ الشقص من المشتري الاول وهل للمشتري الاول شفعة على الثاني فيه اشكال ينشأ من ثبوت السبب ومن تزلزله لانه يؤخذ بالشفعة (متن)

(قوله) * - ولو باع بعض نصيبه وقلنا بثبوتها مع الكثرة احتمل السقوط لسقوط بعض ما يوجب الشفعة * - كما صرح بذلك كله في التذكرة وكذا التحرير وعله اراد بالترجيح ما ذكره في جامع المقاصد من ان استحقاق الشفعة في هذا النزاع العيني ينحصر في سببية الشركة بالشقص المذكور فاذا باع بعضه فقد زال السبب من حيث هو وبالباقي غيره ولم يكن له تأثير في استحقاق الشفعة فلا يحدث له تأثير بعد ذلك لانه انما يؤثر اذا كان موجودا وقت البيع (وقد) عرفت ان الموجود وقت البيع غيره وقد زال فلا يلزم من كون الباقي يوجب الشفعة في الجميع لو كان ابتداءً ان يوجبها في محل النزاع انتهى وقال ان السقوط متجه (ونحن) نقول ان المتخذي للشفعة حين البيع كان موجودا قطعاً وهو الشركة مع جميع شركائهم وبيع البعض لا يقدح في شيء منها ولا يبطل تأثير ما قد علمت سببته وعلى تقدير التزلزل نقول اننا نشك في مانعته مع عدم الاخلال بانورية كما هو النرض فيلغى بالاصل والاستصحاب وما ادعاه من الحصر ممنوع لانه يقضي بعدمها لو ذهب بعض شقص الشئيع بحرق او غرق ونحوه ولا اظن احدا يقول به وليس له ان يفرق بعدم العلة في محل النزاع اعني الضرر لانه داخل شريكاً اخر معه وكذلك التلغ لان الفروض ثبوتها مع تعدد الشركاء ثم انه قد ينقض با اذا غنى بعض الورثة عن نصيبه او باع فانه لا يستقط حق الباقيين ثم اعترض على العبارة بان قوله وقلنا بثبوتها مع الكثرة يقتضي ان تعدد الشركاء مانع من ثبوت الشفعة وان لم يكن الشئيع الا واحداً فان الشئيع بالنسبة الى المشتري ليس الا واحداً بل شفعتها ثبتت قبل حدوث الكثرة فينبغي ان لا يكون لها اثر في المنع ان لم يكن بيع الشقص مانعاً وبالجملة لا يكون ثبوت الشفعة على المشتري الاول من فروع الكثرة نعم في الثاني يجي ذلك ان كان المانع تعدد الشركاء وان كان الشئيع واحداً انتهى مع انه قد تقدم له في الكثرة المانعة ان المراد بها الاعم من السابقة على عقد البيع ومن اللاحقة واستند في ذلك الى ظاهر قوله (ع) فاذا ساروا اثلاثة فليس لواحد منهم الشفعة الا ان تقول بان ريق بين المقامين بان هذا استحقاق الشفعة قبل تحقق الكثرة وهذا استحقاقها مع تحقق الكثرة فليحذف ذلك في اول الفصل الثاني عند قوله ولا تثبت لغير الشريك الواحد وفي آخر فروع الكثرة فقد اسبغنا الكلام في المقامين (قوله) * - والثبوت لبقا ما يوجب الجميع ابتداءً * - كما في التذكرة والتحرير والاولى الاستدلال عليه با ذكرناه (قوله) * - = * - فله اخذ الشقص من المشتري الاول * - اي ان قلنا بالثبوت كما هو الاقوى (قوله) * - = * - وهل للمشتري الاول شفعة على الثاني فيه اشكال ينشأ من ثبوت السبب ومن تزلزله لانه يؤخذ بالشفعة * - = * - كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو يقضي بان الاشكال فيما اذا لم يأخذ الشئيع من المشتري الاول قبل ان يأخذ من المشتري الثاني واما اذا اخذه فلا اشكال في عدم ثبوتها لان الشركة التي هي سبب في جواز الاخذ اذا زالت ولما اخذ كان الاخذ ممتعاً اذا سبب له بل ينبغي من المصنف ان لا يستشكل في الاولى ايضاً لانه سبق له في آخر الفصل الاول واول الفصل الثالث ان الخيار لا يمنع استحقاق الشفعة في الشقص المشروع فكيف يكون مانعاً اذا ثبت في الشقص الذي هو سبب الشفعة فتأمل والحاصل ان التزلزل لا يبطل تأثير ما قد علمت سببته فالاصح الاثبات للثبوت وهذا كله على تقدير الثبوت للشئيع وعلى تقدير السقوط فللمشتري الاول الشفعة على الثاني ان اشدها مع الكثرة (قوله)

أما لبواع الشنيع نصيبه قبل علمه في البطلان اشكال يشأ من زوال السبب ومن ثبوته
وقت البيع والشنعة موروثة كالمال على رأي (متن)

==*== أما لبواع الشنيع نصيبه قبل علمه في البطلان اشكال يشأ من زوال السبب ومن ثبوته
وقت البيع *== ونحوه ما في التحرير والحاشي والدروس من عدم الترجيح مع الميل في الاخير الى
البطالان وهو خيرة الارشاد والمخاطب وجميع المصنفات وفي المسالك لا يزال من قوة
وقال في الشرائع وقيل ليس له الاخذ به كان حذا وقد سبه اليه الشهيد في الدروس لمكان هذه
العبارة وهو يشهد على صحة النسخ الثالث عند وان في المسالك من هو القلم وهو حال الاقوى
ثلاثة : ١- هو تولد لا غير كما ستعرف في البسوط ان الاقوى عدم البطلان وبه حرم في جامع
الشرع وظهر الوسيلة وقد فهم ذلك من المذهب لكن تعليله قد يقتضي بخلاف فهمه من كلامه ولا
تعرض له في معنى ذلك من الكتب راسخا حتى ذكره والايضاح الا ان تقول انه ينهم ذلك من
بهم كلامه في المسألة السبعة وقد درس الحد وجه الاشكال وهو وتم حار في ادراع عالما
الا ان يتل ن رد ثبوته ومت البيع وقت ستا فقه والاصل بانه ولم يصدره ما يحمله على
عدم وتقدير فك مودود وله في صور العلم فان البيع يود ولا يراى كذا ادراك وفيه الدرك
وفيه ان الحل مع رتب السبب لا اثر له لان حجاب الوضع لا يتغيرت احل به العلم والحل وبينان
ذلك ان السبب في مشروعية الاحل هو الشرع وقد ان احل حرم في السبب يقول وقوله عليهم
السلام لا شنعة شريك به ما لم يرد به حجاب وضعي رتب واهل العلم على ان الشنعة لازالة العذر
ولا ضرر هنا بل بالاحل يحل العذر على المشتري وليس في هذه دعوى من الشريعة وقد نقل في
الاشكال يد ويد رتب الشريك ولم يرد به شيك حتى قام به موافقه من السبب ثم علمه فبالا
الاخذ بها حيد وحيد وقد عرفت ان الشيخ ومن فقه او البطلان في صورة العلم فكان من فصلان
ولما توهم صاحب المسالك على الشرائع حمل ذلك قولاً لا محقق وهو عدم البطلان في صورتين (قوله)
==*== والشنعة موروثة كال مال على رأي *== هي خيرة الفتن والانتصار والخلاف في باب البيع
والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والناسخ وكشف الامور والتحرير والارشاد والتعمرة والمختلف
والدروس والحاشي واللمعة والمقتصر والتفريح ودية الزم فبالا حكمي عنه وجميع المصنفات والمسالك
والروضة والكافية والمفاتيح والرياض وكذا ذكره في الايضاح وهو الحكمي عن ابي علي وظاهر
الانتصار الاصح عليه حيث قال الشنعة تورث عددا وفي جميع الشرائع انه الاصح عندنا وفي التوقيع ان عليه
النتوي وفي السرائر انه الاظهر من اقوال اصحابه وهو مذهب المريد والمرضى وحملنا اصحابنا وقصر الخلاف على
الشيخ في النهاية وقال انه يرجع في الخلاف الى اربعة قوائم : ١- انما تمسك من ذهب الى انها لا تورث باحد
احاد لا واجب على ولا علم يمكن تركها لاداة ولا حرام وفي المسالك انه مذهب الاثر وهو الشيخ في
بيع الخلاف والمريد والمرضى وابو علي وجملة المتأخرين ومثله قال في الكافية لانه بدل الجملة
بالجمهور وفي الرياض ثمة نه المشهور بل كذا يكون محمدا ونسبه اخرى الى مائة المتأخرين والمخالف
الشيخ في النهاية والخلاف في باب الشنعة والقاضي في المذهب وابن حمره في الوسيلة والطبرسي فبالا
حكمي عنه وحكمي في كشف الرود عن الصدوق انه روى في المنع والفتية خرم طاعة ولم نجد فبالا
عندنا من نسخ المنع وفي مجمع البرهان امل فظهر ان المكان الادلة القليلة والقبلة الدالة على المنع ورواية طلحة
مع عدم دليل وضع يفيد ذلك اذ شمولية الارث ادراك غير ظاهر فتأمل انتهى وفي الخلاف انه
منصوص لا يصحنا وفي البسوط انه البروي وانه مذهب الاثر ولا ترجيح فيه كما لا ترجيح في الفرية
ولا تعرض لذلك في الرسم والكافي وقعه الرندي والاول هو الاقوى الظن الحاصل من عمومات

(متن)

سواء طالب الموروث ام لا فللزوجة مع الولد الثمن

الارث وعمومات الباب والاجماع الظاهر من الانتصار والجامع والتفصيل بل هو معلوم من المتأخرين ولم
يجزم بالخلاف المقدس الاردبيلي فلا خلاف فيهم اصلا بل الاجماع صريح السرائر في آخر كلامه والخبر
المروي في المسالك والمفاتيح من قوله (ص) ما ترك الميت من حق فهو لوارثه وحق الشفعة مما ترك فيجب
ان يدخل فيه وفي عمومات الارث كما دخل فيها الخيار الثابت للمورث بالاتفاق وكذلك حق القذف وغيره
(واما) ما رواه الشيخ عن ابن عيسى عن محمد بن يحيى عن طلحة بن زيد عن جعفر عن ابيه عن علي (ع)
انه قال قال رسول الله (ص) لا تورث الشفعة او ان عليا عليه السلام قال ذلك على الاحتمال في العطف
لكن الظاهر من التهذيب الاول وقد رواه الصدوق في الصحيح عن طلحة عن جعفر عن ابيه عن علي (ع)
قانه وان كان الظاهر انها عد حديث طلحة من القوي او الوثني لان كتابه معتمد وانه داخل تحت
اجماع العدة وان صفوان يزوي عنه وان محمد بن يمين هو الخزاز الثقة بالزائين الا ان اعراض المريد عنه
والشيخ في بيع الغلاف وابعالي وابني سعيد وجميع المتأخرين عدم التجريح به في المبسوط والغنية وغيرها مما
يوهن الاعتماد عليه في تخصيص تلك الادلة امكن يخطر في البال تور ان اراض المتأخرين عنه اذ هو لان طلحة
تبرى كما صرح بذلك جماعة وانهم لم يعرفوا محمد بن يمين كما ذكره بعضهم لالامر آخر . نعرفه فان صح
ما في المبسوط من نسبة القول بالعدم الى الاكثر توفرت شرائط العمل بالخبر لكن يوهن ذلك تورته
فيه فيه وصيره في بيع الغلاف الى خلافه وهو متأخر عن الشفعة ومخالفة من تقدمه وعاصره واكثر من
تأخر عنه له . مخافا الى اجماع السرائر وقد قال في الدروس لم يعتمد على هذا الخبر الاجماع ولا قول الاكثر
انتهى (نعم) ان كان ما يرويه الصدوق هو ايتي به كما ذكر في خبايته كان موافقا له وحده لكن الظاهر
منه بعد ذلك خلاف ذلك فيلحصر الخلاف الصرف في ثلثة بل في اثنين لاننا لم نركلام الطبرسي وانما حكى
لنا عنه وعلى التمدد يرين يكون نادرا ثم ان الخبر يحمل على التنية لان عدم مذهب الثوري واني حينئذ
واحمدوا على ان الغالب في الورثة الاخلال بنورية وتأخير الطلاب وقد اخرج الشيخ بان تلك الوراثة تجدد
على الشراء فلا يستحق شفعة واجيب بانه ياخذ ما يستحقه مورثه وحقه سائى فلا يقدح تجدد ملكه
وقول المصنف كالمال يحتمل ان يكون اشارة الى داليل الارث او الى كنيته وكلاهما صحيح (قوله)
= سواء طالب الموروث ام لا = اي على وجه لا يخل بالنورية فيهما (قوله) " فللزوجة مع
الولد الثمن " - خص المال بالزوجة لدفع توهم انها لا تورث من الشفعة من حيث انزاعه من الارض
عينا وقية ومن عين الاشجار ونحوها فلو بيعت الارض وحدها ولم يكن للزوجة ولد فلا شفعة لها
ولو بيعت مع الاشجار والابنية فكذلك على الاظهر الا ان يكون للارض شرب فلها الشفعة لان لها
حقا في الماء . وقد نه المصنف بذلك ايضا على ان التمسع على السهام كما طمعت به عبارات اصحابنا من
غير خلاف اصلا منهم من تعرض له قال في المبسوط فمن اثبت الميراث في الشفعة ورثه على فرائض الله
فان خالف زوجة وابنا كان هذا الثمن والباقي لابنه وعلى هذا ابدا عند من قسمه على الانصبا . ومن قسمه
على الروس جعله بينهما نصين انتهى وكان كلامه في التفرع غير ملتئم مع الكلية والامر هين لان
الجميع ممكن وقد تبعه الجماعة على كلامه الاول الى المختلف فقال ان كلامه الاخير يصير المسئلة خلافية
ثم اختار انها على قدر الانصبا . (قلت) هو خلاف بين العامة قطعا كما سمع وبه اعترف جماعة ولم
يختلف في ذلك منا اثنان ولا تلتفت الى ما في الكناية والمنااتيج من ان المسئلة خلافية فانها قد تبعا
المختلف والمساك وقد توهم شيخنا صاحب الرياض على المقدس الاردبيلي انه تمل في ذلك وقال في
الرياض انه لا يخلو عن قوة والاصل يقتضي التسوية وان حجتهم غير واضحة (قلت) ما توهمه على المقدس
الاردبيلي وهم قطعا لانه قال في موضع دليل ثبوتها يعني القسمة هو دليل الارث ولا ينبغي الخروج عنه

ولو لم يكن وارث فهي للامام فان عني احد الوراث عن نصيبه لم تسقط وكان للباقيين
اخذ الجميع او الترك (متن)

ولكن في شمول دليله يعني الارث لها يعني الشفعة تمل وقد تقدم انتهى والذي تقدم له قوله في موضع
آخر ان شمول آية الارث لها يعني الشفعة غير ظاهر فتأمل انتهى وبعد تسليم انها مورثة وانها حق واما
فالحجة على قسمتها على السهام من الواضحة ولهذا قل الارديلي لا ينبغي الخروج عنه وقال في الخائف
انهم اي الورثة بالارث ياخذون لا باعتبار الشركة ولهذا اثبتهم من لم يثبت الشفعة مع الكثرة التي
وبذلك فرق بين الامرين في المسالك قل نه انتقل اليه على حد الارث لا باعتبار الشركة ولهذا اثبتها
من لم يقل بالشفعة مع الكثرة انتهى فاصل التسوية انما يجري فيما لو كان الاستحقاق باعتبار الشركة
لان كل واحد من الشركاء يستحق باعتبار نفسه والوراث يستحقها باعتبار مورثه ونعمه وقال في الدروس
ليس هذا مبني على الكثرة لان مصدره واحد فيقسم على السهام وثان تقول هل الورث اخذ بسبب
انه شريك ام ياخذ المورث ثم ينفذه فيه فعلى الاول ينتج القول بالورثوس وعلى الثاني لا ينتج ثم ذكر
رد المختار له ساكت عليه وقال في التذكرة خلت الشافعية فقال بعضهم ان الشافعي قال ان عدد
الورثوس ونقله المزي عنه وقال بعضهم هذا لا يبعد عن الشافعي من الجرحه ان مورثا اخذوا الشفعة
بحسب فروضهم قولا واحدا لانهم يزعمون شفعة عن الميت لا لملكه بل لملكه ونعم المسالك (قوله)
٤٠٥ = وار لم يكن وارث فهي الامام قلنا في حال الغيبة حكمها حكمه - ثم قال من لا وارث
له (قوله) ٤٠٦ = فان عني احد الوراث عن نصيبه لم تسقط قلنا اي الشفعة كذا في المبسوط والشرائع
والنافع والتذكرة والتحرير والخواشي والتهذيب مع وجميع المقاصد والمسالك وجميع هذه المؤلفات
وهو قضية كلام لا رشد والدروس بل صرح بهم نعم قال في الشرائع ان فيه ترددا ضعيفا في
المسالك باحتمال سقوط حق الآخر نعم صاحبه وان لم نقل بذلك في الشريكتين لان الورث يتوهم
المورث فعنوه عن نصيبه كغير المورث من البعض فيسقط الباقي قال المسالك لم يذكره كثير قلت هذا
احد وجهي الشافعية ذكره لهم في التذكرة وأشار اليه في المبسوط فلا معنى له في النتائج
قيسلا ولا لقوله في الكفاية انه مشهور لان كل من تعرض له وهم من معرفة حكمه به من
دون تردد ولا نقل خلاف الامام سمعته من الشرائع ووجه ما عليه الاصحاب ظاهر لان الحق للجميع
فلا يسقط حق واحد بترك غيره ووجه ذهب الاحتمال ان الشركاء في لارث بعضهم دون بقية الشركاء في
اصل الشفعة لا بالشفعة واحدة بين الشركاء بالارث او شركة ولا يسقط حق البعض منهم البعض لانه عني من كل
حقه فلم يسقط حق شريكه بخلاف عني المورث عن بعض نصيبه فان حقه في المجموع من حيث
المجموع لا في الابعاض فعنوه عن بعض حقه كعنوه عن جميعه (قوله) ٤٠٧ = وكان الباقيين احد
الجميع او الترك = لانها اذا شرعت لازالة الضرر بالشفعة ولو احزنا له ذلك تطرق الضرر الى المشتري
ببقائها وتبعها الصفة عليه وقد صرح بالحكم في المبسوط وما ذكره بعده قلنا في التذكرة وجميع
البرهان وهو قضية كلام المبسوط في موضع آخر حيث قال فاذا عني احدهم توفرت حقه على شريكه واما
التذكرة فانه بعد ان وافق قال فيها والوجه ان حق العاقل المشتري لانه واما ما كتب الشافعي
فهكذا اذا عني احدهم يكون نصيبه بخلاف حد التدف فانه وضع لزعزعة حاله فيه حتى (اوقات) فيكون
كالقصص وهذا اختيارنا في ما اذا عني احد الشركاء بالاصالة وقد تقدم ذكره في فروع الكثرة كما
جميعا هناك اصبحوا على خلافه واما جميع المذهب فقد قل فيه ليس الباقيين احد حصته فقط وفيه تامل فان
الاصل والاستصحاب يقتضيان مجوزا اخذ الحصص فقط وان عدم التبعيض مجمع عليه انتهى ويبدو ما في التذكرة

(هـ) واما الاصل في الاحتمال انه انقل اليه عني احد لارثوس وبعثت كذا نصيبه في المسالك

اما لو عفي الميت او اخر الطالب مع امكانه فانها تبطل ولو عفى احد الوراث وطالب
الآخر فمات الطالب وورثه العافي فله الاخذ بالشفعة على اشكال ولو مات مفلس وله شتقص
فباع شريكه كان لوارثه الشفعة ولو بيع بمض ملك الميت في الدين لم يكن لوارثه المطالبة
بالشفعة وكذا لو كان الوارث شريكاً للموروث فبيع نصيب الموروث في الدين (متن)

وابا لي ان الشفعة لا تنتقل بعفو ولا بتطبيق مالكمها ولهذا لو عفى عنها لمن لاحق له فانه لا يستحقها
والشريك اذا استحقها جميعا بسبب شركته لا بسبب عفو شريكه (قوله) - * - اما لو عفى الميت او
اخر الطالب مع امكانه فانها تبطل * - يريد ان عفو احد الوراث ليس كعفو الوارث لانها تبطل
بعفو الثاني دون الاول كما هو واضح مما تقدم (قوله) - * - ولو عفى احد الوراث وطالب الاخر فمات
المطالب وورثه العافي فله الاخذ بالشفعة على اشكال * - اصح ان له ذلك كما في الايضاح وجامع
المقاصد وحكى في الحواشي عن ولد المصنف انه قال انه قول اصحابنا وله سماعه منه شفاها اذ لا
تعرض له في الايضاح ولا في شرح الارشاد ثم انما لم نجد احدا تعرض له غير هؤلاء . وان كان الحكم
اجماعيا مقلوما به عند القائلين بنها موروثه ووجه ان المطالب يستحق الجميع فينتقل استحقاقه عوته
الى وارثه ولا يضر عفو الوارث عن حقه قبل ذلك لان هذا حق اخر تجدد يستحق به لذاته لمكان الشركة
كمال الشفعة ولا مدخل لعنوه فيه بنني ولا اثبات اما التي فلانها حقان غير ان هذا بالارث من ابيه وهذا
من اخيه فلا يسقط احدهما بسقوط الآخر واما الاثبات فلان المطالب انما استحق بعد عفو اخيه كمال
الشفعة باعتبار شركته ولا مدخل فيها لعنوه اخيه لا سمعته آذنا من اننا لا تنتقل بعفو ولا تملك وبعد التثنية
والتي (قلنا) انها تنتقل الارث اذا تبه هذا عرفت ان ما قاله الشهيد في حواشيه ليس في محله قال فيه
نظر لاننا ان اخذ نصيبه ونصيب الميت او نصيب الميت وحده والثاني محال لاستازامه تعويض الصفقة
والاول يستلزم ان يكون قد عفى عن شفعة استحقها بمعنى انه له اخذها بعد العفو وهو لم يرد شرعاً انتهى
لانا نختار الاول بالتحريز الذي عرفته سلمنا ان نصيب العافي استحقه الاخر الطالب باعفو وان العفو جزء
مملك لا شرط لكننا نقول اذا انتفى استحقاق الباقي من الاخوين الشفعة بسبب عنوه فلا يثبتني استحقاقه
بسبب الارث لانه سبب آخر جديد وليس هو ابعد حالا من لا يستحق شفعة اصلا واما اذا انتقلت
اليه بالارث وقد نبه على ذلك في جامع المقاصد ومما حكيناه عن الشهيد يعرف الوجه الثاني من الاشكال
(قوله) - * - ومات مفلس وله شتقص فباع شريكه كان لوارثه الشفعة * - كما في التذكرة
والتحريز وجامع المقاصد لان الوارث هو المالك للشتقص التروك قال في جامع المقاصد هــ بنا . على ان
التركة تنتقل الى الوارث وان استغرقتها الدين (قلت) تتسالم القائلون ببقائها على حكم مال الميت وغيرهم
على تقدير الاستيعاب وعدمه على ان المعاكمة للوارث فيما يدعيه وما يدعي عليه وانه لو اقام شاهداً بدين
حلف هو دون الدين وانه اولى بالدين ادا ارادها ومن المعلوم ان الانسان لا يحلف لاثبات حق غيره فيكون
مستثنى فاثبات الشفعة له هنا اما لانها مستثناة كذلك واما لانه يملك بمجرد ذلك او لانه ولي الميت
فكان له ان ياخذها كولي الطفل ثم ان الشيخ والجماعة القائلين ببقائها على حكم مال الميت لم يذكرها
في الزرع وامله لانه لا شفعة له وهو كذلك على المختار (قوله) - * - ولو يبيع بعض ملك الميت في الدين
لم يكن لوارثه المطالبة بالشفعة * - كما في المبسوط والتذكرة والتحريز والدروس وجامع المقاصد
قال في الاخير لان البيع في الحقيقة للملك الوارث وقال في المبسوط لان ملك الورثة بمنزلة المتأخر عن البيع
والمالك الحادث بعد البيع لا يستحق به الشفعة انتهى (قلت) معناه انه ليس بمالك الآن لان التركة على
حكم مال الميت ولا يملك الوارث الا بعد قضاء الدين فيكون ملكه متأخرا ولو قلنا ان الوارث يملك الزائد
عن قدر الدين قام احتمال نبوتها لانه شريك (قوله) - * - وكذا لو كان الوارث شريكاً للموروث فبيع

ولو اشترى شفعاً مشفوعاً ووصى به ثم مات فلا شفع اخذه باسفة لسق حقه ويدفع
 الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لتعلقها بالعين لا بالدل ولو وصى لانسار بشقص فباع
 الشريك بعد الموت قبل القبول استحق الشفعة الورثة ويحتمل الموصى له ان قلنا انه
 يملك بالموت فاذا قبل الوصية استحق المطالبة لاننا بينا ان الملك كان له ولا يستحق المطالبة
 قبل التبول ولا الوارث لاننا لا نعلم ان الملك له قبل الرد ويحتمل مطالبة الوارث لان
 الاصل عدمه القبول وبقاء الحق (متن)

نصيب الموروث في الدين ٤٠٦ ي لا شفعة ٤٠٧ ك في التذكرة والتحرير والدروس وحامع لقصد لان
 البيع لحص منه كما في جامع المقاصد وان قلنا بهادمية على حكمه ٤٠٨ ليت شئت الشفعة وبه ح
 في المتوسط حزمه به لانه لا غير مات ل هو شريك (قوله) ٤٠٩ ولو اشترى شفعاً مشفوعاً
 ووصى به ثم مات فلا شفع احده باسفة لسق حقه ويدفع الثمن الى الورثة وبطلت الوصية لتعلقها
 بالعين لا بالدل ٤١٠ ك في التذكرة والتحرير والدروس وحامع المقاصد لان الوصية لا تتر
 بيعه ووقفه ونحو ذلك بل هي حب وقد تقدم لا شفع لاحد اشتمت سق حقه وانطال جميعه ذات
 (قوله) ٤١١ = ووصى لانسار بشقص ٤١٢ استحق له قبل الموت قبل القبول يستحق الشفعة الورثة
 ويحتمل الموصى له ان قدما به بالموت ٤١٣ ارحم لمدين على ان قبول هل هو كاش ٤١٤ كما
 هو المشهور او هل وبه انه ووصى اشقصه ٤١٥ ثم تبيع شريكه حصته من احوال قبول الوصى
 له ورده في مستحق الشفعة وحمل بل قولنا ٤١٦ = به وورثة لان الملك لا يقبل البيع بموت ولا
 يستحق الموصى له الا بالقبول وهذا على القول بقتل (والثاني) ان يستحق هو الوصى وهو
 مسي على ان القبول يكشف عن الملك دون ٤١٧ = به وكاش بارد ٤١٨ = التعداد بين الموت
 والقول للورث على الاول ولموصى به على الثاني وقد صرح بالاحتياين وعلى نعم على الامر
 في التذكرة والتحرير والدروس وحامع المقاصد (قوله) ٤١٩ = عاد قبل الوصية يستحق المطالبة لاننا
 ان الملك كان ٤٢٠ = ويعتبر القبول على امور دلالة تحيزه عدراكم به عليه في الدروس وحام
 به في جامع المقاصد (قوله) ٤٢١ = ولا يستحق المطالبة قبل القبول لان ملكه وان مات
 لكن الكاشف به هو القبول فله مستحق ملكه قبل في الدروس هل يكسب ذات ٤٢٢ = في احوال
 الاقرب لا ووقفاً ٤٢٣ = القبول مقل فلا بحث لان ملكه يباحثه قبل (قوله) ٤٢٤ = لا واثبات
 لانعلم ان الملك له قبل الرد ٤٢٥ = اي ولا يستحق الورث لمطالبة على القول بكاش لان ملكه لا
 يعلم قبل الرد (قوله) ٤٢٦ = ويقتل موصى به لان الاصل عدمه القبول ٤٢٧ = حق ٤٢٨ = ك في
 التذكرة والتحرير والدروس وهذا لاحتمال مقل قوله ولا او رث وشقص الموصى به في جامع المقاصد
 بانه ليس هذا من يرجع اليه به ك ٤٢٩ = لان عدم القبول الكاشف عن ملكية الموصى به لان الاصل
 عدم الرد الكاشف عن ملكية الورث وموت صاح تملك الوصى به وانما ليشاء ملكه به
 المستقيمة للقول واراد فليس هناك حق لاحد مستصعدة به انتهى (قلت) لارث ٤٣٠ = لان لانه
 لا يتوقف على شرط وانما يعدل به في صورة واحدة وهي اذا اوصى به وقال ٤٣١ = وصى به
 اولم يعلم حانه فالل للورث قبل ان لم يقبل فالموت ملك للورث قبل من دون شرط وصاح تملك
 الموصى له شرط قبول وهو حدث والاصل عدمه وقد كان الوارث تعلق بمالك واستحقق به من يوم
 مرض مورثه وهذا يتوقف نفوذ ما زاد على الثلث على احزته في صورة مورثة ولاهل بق ذات حتى
 يعلم التبريل ولا علم قبل حدوث القبول ونفسه قاله في المحترج به هذا الاحتمال اقرب (قوله) ٤٣٢ = وهذا

فاذا طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر الى الطلب ثانيا لظهور عدم استحقاق المطالب
وبحتم ان المشنوع للوارث لان الموصى به انما ينتقل اليه بعد اخذ الشفعة ولولم يطالب
الوارث حتى قبل الموصى له فلا شفعة للموصى له لتأخر ملكه عن البيع وفي الوارث وجهان
مبنيان على من باع قبل علمه ببيع شريكه ولو اشترى المرتد عن فارة فلا شفعة ان
قلنا بطلان البيع وعن غير فطرة تثبت الشفعة ولو قارض احد الشركاء الثلاثة آخر
فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة لان احدهم رب المال والاخر عامل (متن)

طالب الوارث ثم قبل الموصى له افتقر الى الطلب ثانيا لظهور عدم استحقاق المطالب * - كما في
الاشعة والتجريد والدروس وجامع المقاصد لانه الشفع في نفس الامر (قوله) * - ويمثل ان
المشنوع للوارث لان الموصى به انما ينتقل اليه بعد اخذ الشفعة * - كما في التذكرة وبناء في التحرير على
النول بأنه لا يملك بالموت وانما يملك بالقبول وهو هنا وفي التذكرة كذلك لان العبارة فيها في المسئلة
واحدة من دون تفاوت لانه لا يتنوع على كون القبول كاشفاً وليس هو معادلاً لواحد من القولين بل هو عين
الاول فكأنه قال وعلى الاول يكون المشنوع الوارث لان الموصى به حين الموت ملك الوارث وانما
انتقل عن الموصى له بقبوله وذلك بعد الاخذ بالشفعة هذا وقد قال المصنف في مسئلة قبل آخر
* - في باب الوارث او اوصى بالشئ الذي يستحق به الشفعة بحق اشفعة للوارث لا الموصى له وفي
الحاشي ان المقول انها للوارث مطلقا (قوله) * - ولو لم يطالب الوارث حتى قبل الموصى له فلا
شفعة للموصى له لتأخر ملكه عن البيع * - اي لو لم يطالب الوارث لعدم علمه او لعذر غيره حتى
قبل الوصى له فلا شفعة له اي الموصى له كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد وهو مما
لا ريب فيه بناء على النقل (قوله) * - وفي الوارث وجهان مبنيان على من باع قبل علمه ببيع
شريكه * - كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وقد تقدم هناك ان الاصح البطلان (قوله)
* - وار اشترى المرتد عن فطرة فلا شفعة ان قلنا بطلان البيع * - لانه يردته تروى الاملاك عنه
في الحال وذلك دليل على عدم صلاحيته للملك لامتناع خروج املاكه مع بقاء صلاحيته للملك
(وقال) في جامع المقاصد سيأتي في احكام المرتد عن فطرة هل يدخل في ملكه شيء بعد الرد بسبب
من الاسباب الملكية ام لا وان في ذلك خلاف بين الاصحاب (قلت) لا نجد خلافا في ذلك بعد التبع
ولا حكام كاشف للام ولا غيره وانما حكمي في بعض الحواشي عن الشهيد ولم نجد له وانما يذكر
ذلك احتمالا في باب الحدود وقدر ما في الايضاح بالضعف ثم ان هذا الاحتمال بين احتمالين وهو انه يملك ويقتل
بعد الوارث او الامام او انه يملك في الحال وينتقل عنه في الحال الى احدهما فيكون الحفظ اضعف من الايجاد
والاكتساب فاذا كان كذلك فالبيع باطل و يستحق الشفعة فرع تحقق البيع (قوله) * - وعن غير
فطرة تثبت الشفعة * - اذا كان الشراء قبل الحجر ان قلنا بتوقفه على حكم الحاكم وان قلنا بشيئته
بجرد الرد لان علمه الارتداد فلا يتخلف كان تصرفه باطلا او موقوف على التوبة او اجازة الحاكم
وذلك اذا قلنا بتوقفه على حكم الحاكم وكان التصرف بعده (قوله) * - ولو قارض
احداً من الشركاء الثلاثة آخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه فلا شفعة لان احدهم رب المال والاخر عامل * -
اذا كان الشركاء ثلاثة فقارض احدهم الاخر على مال فاشترى العامل ثلث القراض نصف نصيب الثالث
في المسئلة فلا شفعة لاحدهم اما البائع فظهر ان لا يملك الشفعة فيما باعه وكذا رب المال اذا لا يملك
بالشفعة في الشراء والعامل بالنسبة اليه كاشريكين في المبتاع فلا يستحق احدهما على الآخر شفعة كذا
قال في التذكرة ونحوه ما في التحرير وقال في جامع المقاصد فيه نظر فان مال القراض الذي اشترى به

فان باع الثالث باقى نصيبه فالشفعة اخماسا لكل من المالك والمامل خدان والمال المضاربة
خمس (متن)

اذ لم يكن العمل فيه شي يتبع الشفعة لم يملكه وليس العمل شي فيكون شفعه هو العامل ولا
منع له من الاخذ بالشفعة على قول وعلى قول الشفع كمن العمل وما له من القراض هذا اذا لم يكن ربح
او كان وقتا ان العمل لا يترك لم يرد وان قد يترك بالظهور منه من الشفع بقدر استحقاقه من الشفعة
على القول بشرط كونه فيها اي الشفعة فان شفعته من الربح فانه لا يملك على ما سبق وعلى هذا العمل
الفاخذ على الشفعة فالشفعة فيه حين حرة ان ولا يملك من الشفعة
كلامه (ونحن) نقول ان ربح العمل المكتوب وهو لا يحصل الا
اشترى المالك على هذا ربحه من ربح
ومدته لا تسقط منه
ذلك فغير
والشفعة مصدر الكتاب على هذا التفسير حلية من كل وصحة والري
يملك الماشترى لا الشفعة لم يملك ربح
ليس به وان لم يفسح الشفعة
الكلام في ربح الشفعة
على لاحد شفعة فيمكن
المالك وشت عليه الشفعة قال بطلت
المشتري له
فان قد لا يملك حصته
بالظهور وهو
ذكرنا اذا كان الشفع رب المال انتهى وقد ذكرنا ان قولنا ما به يأخذها بملك الرب لا الشفعة
وقولا بان يأخذها شفعة قولنا انه لا يأخذها بالشفعة ولا يغيرها ولم يرجع واحدا
هذا عنه فيما سأل ولا يخفى في كلامه وكيف كان فتحرير المسئلة ما ذكرناه فيقال عليه ما يلى في التذييل
وهو لا يقبله لا تقبله (قوله)
حصل وان المضاربة خمس
نصف نصيبه له من وهو السدس دار ذلك السدس لصاحب المال فلما باع نصف نصيبه
ايضا على اجني كانت شفعه ذلك السدس مقسومة على خمسة سهم على القول ما تقدم على قدر السهام وفي
يدرب المثل ثلث من الاول
وفي يد الاول سدسان وما اراد في التحرير على قوله ولو باع الثالث باقى نصيبه على اجني بثلث له الشفعة
وقال في جامع التفتاوى ان سبب افراد مال المضاربة بان يكره مع له ملك لصاحب مال الماشترى
فيجاب باننا
متن من مال كل واحد من مال وفيه نظر لانه من مال حقيقه فان لم يكن ربح فلا يملك وان
كان على
وانت قد عرفت ان سبب فرداه بالذكر ان الشفعة مبنية على القول بالتقدم على السهم لا على الدونوس
وعرفت ان كلامه الاخير ان لا يطالب به فاسألته انما من ان العامل يأخذ اي السدس الاول

ولو باع احد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ويمتثل التسوية فان باع المشتري على اجنبي ولم يعلم الثالث بالبيعين فان اخذ بالمقد الثاني اخذ جميع ما في يد مشتريه اذ لا شريك له في الشفعة وان اخذ بالاول اخذ نصف المبيع وهو السدس لان المشتري شريكه وياخذ نصفه من المشتري الاول ونصفه من الثاني لان شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما فاذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منتسبا في ايديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منهما نصفه وهو نصف السدس ويرجع المشتري الثاني على الاول بربع الثمن وتكون المسئلة من اثني --

بالشفعة فتأمل (قوله) = * ولو باع احد الثلاثة حصته من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري ويمتثل التسوية = * قد تقدم الكلام في ذلك في الموضع الثالث من فروع الكثرة حيث قال لو باع احد الثلاثة من شريكه استحق الثالث الشفعة دون المشتري وقيل با شركة وقلنا هناك ان القول الاول خيرة الخلاف في موضع منه والدروس وان القول الثاني خيرة اختلاف في موضع آخر والمبسوط وجماعة وتد احتج عليه في جامع المقاصد بانها مشتركان في العلة الموجبة لها ولا يمنع ان يستحق تلك الشفعة بسببين البيع والشفعة لان علل الشرع معرفات وان الشفعة اثر آخر وهو منع الشريك الآخر قلا مقدار مشنوعه بالشفعة ولا مانع منه (وقلنا) ان الاصل في الوجه الاخير المبسوط والتحرير والدروس قالوا انه يمنع الغير من اخذ نصيبه لاي معنى انه ياخذ من نفسه وقلنا انه قد يندش بان استحقاق الملك ومع الشريك معلولا علة واحدة وهي استحقاق الشفعة فيمتنع تغلف احدهما عن الآخر وقد امتنع الاول من جهة استلزامه الحال فيلغي ان يمتنع الاخر (وقد) اجبتا عنه بان مثله في الشرع كثير كما في القصر والافطار فانهما معلولان لقطع المسافة وقلنا بل قد يضاف حكم احد العلولين حكم الآخر وحكم علة كجز الرتبة عدوانا فانه علة القتل الذي هو حرام ولوقع ظلم هذا المقتول عن العباد الذي هو حلال الى غير ذلك مما يترتب على شرب الخمر ونحوه (وقلنا) ان قوله في جامع المقاصد لا يمنع ان يستحق غير جيد لان الاستحقاق بالشفعة مترتب على الشراء فليسا علتين لمعلول واحد لانه انما ملكه بالشراء اولا وبعد الشراء استحققه بالشفعة ثم انه على تقدير اجتماع علتين بعد الشراء فترهما مختلفان لان الشراء علة في نقل الملك واثر الاستحقاق بالشفعة قراره فاحدهما غير الآخر وجودا واثرا ويتنزع على القول الاول ان الثالث باختيار بين ان يترك جميع المبيع او ياخذ الجميع وعلى الثاني هو باختيار بين ان ياخذ نصف المبيع او يترك (قوله) = * فان باع المشتري على اجنبي ولم يعلم الثالث بالبيعين فان اخذ باعتد الثاني اخذ جميع ما في يد مشتريه اذ لا شريك له في الشفعة = * كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد وهو تفريع على القول بالتسوية وايضاحه انه لو باع المشتري على اجنبي الثلث وهو قد مر ما اشتراه والراد به ثلث الاصل وهو نصف ما صار بيده لانه قد كان في يده ثلث واشترى حصة شريكه فصار في يده ثلث آخر ولم يعلم الشريك الثالث بالبيع فله الاخذ بالشفعة باعتبار كل واحد من العتدين فان اخذ بالمقد الثاني اخذ جميع ما في يد المشتري الثاني وهو الاجنبي اذ لا شفع سواه لان الشريك الآخر هو البائع ولا شفعة له اذ لا يستحق البائع الشفعة على ما باعه (قوله) = * وان اخذ بالاول اخذ نصف المبيع وهو السدس لان المشتري شريكه وياخذ نصفه من المشتري الاول ونصفه من الثاني لان شريكه لما اشترى الثلث كان بينهما فاذا باع الثلث من جميع ما في يده وفي يده ثلثان فقد باع نصف ما في يده والشفيع يستحق ربع ما في يده وهو السدس فصار منتسبا في ايديهما نصفين فيأخذ من كل واحد منها نصفه وهو نصف السدس ويرجع المشتري الثاني على الاول بربع الثمن وتكون المسئلة من اثني =

-- عشر ثم ترجع الى اربعة للشئيع النصف ولكل واحد الربع وان اخذ بالمقدين
 اخذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الاول فله ثلاثة ارباع وشريكه الربع
 ويدفع الى الاول نصف الشئ الاول ولى الثاني ثلاثة ارباع الشئ الثاني ويرجع
 الثاني على الاول بربع الشئ الثاني لانه ياخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع
 اليه نصف الشئ لذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده
 فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بشئيه وبتي المأخوذ من الثاني ثلاثة ارباع ما اشتراه
 فأخذه هاهنا ودفع اليه ثلاثة ارباع الشئ (متن)

عشر ثم ترجع لربعة شئيع النصف ولكل واحد الربع كما في الكتب الثلاثة المتقدمة
 واخوشي ولازم في ذلك وضوح وذلك لان شريكتي الثلث كان بينهما كما تقدم فاذا باع
 ثلث الاصل في يده وفي يده ثلثان حدهم ملك سابق والاخر متجدد بالثراء فقد باع نصف ما في
 يده شئيه فيكون البيع نصف ملكه القديم ونصفه الجديد يقتضى الاشاعة والشئيع يتجهن ربع ما في
 يده وهو السدس فله ربع الشئيين مقتضى الاشاعة يكون نصفه في يد المشتري الاول ونصفه في يد
 المشتري الثاني لاستواء ما به المشتري الاول وما بقي في يده فيبطل البيع الثاني في نصف سدس
 لانه ياخذ بالثمن الاول وقد تولى نصف سدس الاصل في يد الثاني فيرجع الشئ الثاني اليه على الاول
 بحصته من الشئين بطالان البيع فيه وهو ربع الشئين يتكون المسئلة من شئيه لان في يد السدس
 هو اذن كسر فيها ويخرجه من شئيه ما به سهمه من الشئيع وهو السدس مضاد الى سهمه من الاصل
 وهو الثلث فيكمل له نصف والمشتري الثاني ثلاثة ارباع الثلث وهو ربع فيبقى في يد المشتري الاول
 ربع الاصل فيرجع المسئلة الى اربعة فيصير سهم نصف ومع الشئيع النصف (قوله) وان اخذ
 بالمقدين خذ جميع ما في يد الثاني وربع ما في يد الاول له ثلاثة ارباع وشريكه الربع ويدفع الى
 الاول نصف الشئ الاول ولى الثاني ثلاثة ارباع الشئ الثاني ويرجع الثاني على الاول بربع الشئ الثاني
 لانه ياخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الشئ لذلك وقد صار نصف هذا
 النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه ويرجع الثاني على الاول بشئيه وبتي المأخوذ من
 الثاني ثلاثة ارباع ما اشتراه فأخذه منه ودفع اليه ثلاثة ارباع الشئ كما في الكتب الاربعة
 المتقدمة والامر في هذه يرجع الى اليقين كما يحتاج الى نظر في الجملة (وقد) اوضحه في
 جميع المقادير قل وان اخذ بالمقدين معا صح فيأخذ نصف ما جرى اليه العقد الاول وهو
 السدس (وقد) عرفت ان نصفه دخل في العقد الثاني فيتمسك العقد الثاني فيه فيأخذه مع ربع
 ما في يد الاول وهو نصف السدس ايضاً بالعقد الاول ويأخذ باقي ما في يد المشتري الثاني وهو ثلاثة
 ارباع ما اشتراه بالعقد الثاني لان ذلك هو ما صح فيه العقد الثاني فيعكس له في الشئيع ثلاثة ارباع
 الاصل وشريكه عني المشتري الاول الربع ولا شئيه لاني وذات لاه جتمع مع ثلثه بتقديم جميع
 ما اشتراه للمشتري الثاني بربعه بالعقد الاول وثلاثة ارباعه بالعقد الثاني وهو ثلث الاصل وربع ما في يد
 المشتري الاول وهو نصف سدس وذات ثلث ونصف سدس وهو تسعة من شئيه فيبقى شريكه
 وهو المشتري الاول ثلاثة ارباع هي الربع ثم انه يدفع الى المشتري الاول نصف الشئ الاول لانه اخذ نصف
 مبيعته وهو خمسة مثلاً لانه نرضى ان عشرة ولى الثاني ثلاثة ارباع الشئ وهو تسعة مثلاً لانه نرضى
 الشئ اثني عشر لان العقد الثاني تسع في ربع المبيع لانه حده بالاول كما قررته ويرجع للمشتري الثاني

الفصل الخامس في التنازع ﴿ لو اختلفا في الثمن ولا بينة قدم قول المشتري مع يمينه ﴾ (متن)

على المشتري الاول ربع الثمن الثاني وهو الذي انسخ العقد في مقابله من المبيع فلم يبق في مقابله شيء. واما قلنا انه يدفع الى الاول نصف الثمن الاول والثاني ثلثة ارباعه الى آخره لان الشئيع يأخذ نصف ما اشتراه الاول وهو السدس فيدفع اليه نصف الثمن لاجل ذلك وقد صار نصف هذا النصف في يد الثاني وهو ربع ما في يده فيأخذه منه فينسخ البيع الثاني فيه كما قلنا فيرجع الثاني على الاول بشئيه وبتيه المأخوذ من الثاني بالعقد الثاني ثلثة ارباع ما اشتراه فأخذها منه ودفع اليه ثلثة ارباع الثمن وذلك ظاهر (واعلم) ان قول المصنف لانه يأخذ نصف ما اشتراه الاول تعليل لقوله ويدفع الى الاول نصف الثمن الاول والثاني ثلثة ارباع الثاني ويرجع على الاول ربع الثمن الثاني فين به هذه الامور الثلاثة والضيق في قوله لانه يعود الى الشئيع وقوله فيدفع اليه نصف الثمن لذلك فقد قال فيه في جامع المقاصد اكثر النسخ فيها كذلك بكافين ولا مرجع له حسن وفي بعضها اذالك باللام اولا وهو حسن فيكون تعليلنا لقوله فيدفع اليه نصف الثمن اي يدفع نصف الثمن لاجل انه يأخذ نصف ما في يده بالعقد الاول

﴿ الفصل الخامس في التنازع ﴾

(قوله) - ٢ - لو اختلفا في الثمن ولا بينة قدم قول المشتري مع يمينه - ٢ - كما في المقعة والمراسم والنهاية والمبسوط والكافي والذهب والفنية والسرائر وجامع الشرائع والشرائع والافعال والتدوير والارشاد والتبصرة والمختلف في ظاهره والدروس والبيعة والتبتيح وجميع البرهان وهو الذي استقر عليه رأيه في جامع المقاصد في المسئلة التي بعد هذه وكذا في الايضاح قال به فيه على الظاهر او مال اليه وفي المسالك والروضة وكذا الكفاية انه المشهور وفي الرياض انه المشهور بل لا يكاد يوجد خلاف الا من ظاهر الشهيد الثاني وفاقا للاسكافي ثم قال انه في المسالك لم يأت صريحا ولا ظاهرا وفي الفنية الاجماع عليه وقد يلوح الاجماع من جامع التصادق حيث قل قلنا من اطلاقهم ويذهب اليه اي الاجماع انه ما حكى الخلاف الا بن ابي علي حكاه في الدروس ولم يأت في المختلف ولا غيره وان كل من افتى بالحكم افتى به حازما غير قابل على راي ولا انه شبه ولا تقرب ولا نحو ذلك وقد افتى به في المقعة والنهاية والمراسم الواقي هن متون اخبار وافتي به من لا يعمل الا بالقطعيات كالحلي والحلي بل قد ينظر من الخلاف والوسيلة وكشف الرموز والايضاح وشرحي الارشاد المنجز والشهيد والذهب والمقعة ان الامر فيه واضح حيث ان بعض هؤلاء تعرضوا لما اذا اقاما بينتين وتغير ذلك من الفروع ولم يتعرضوا له والبعض الآخر اعني الشارحين والحديث لم يتعرضوا له وتعرضوا لغيره قبله وبعده وانعرض ان المسئلة ليست بتلك المكانة من الاشكال كما هي عند بعض المتأخرين وبعض متأخريه ولم تعرف المناقشة من احد قبل الشهيد في حواشيه وناقش في دليل المبسوط والسرائر والشرائع والتذكرة والتحرير وغيرها حيث قالوا لانه ينتزع الشيء من يده والمحقق الثاني ناقش في الدليل بانه لا يجري في بعض صور المسئلة والمقداد ناقش ثم رجع واطال الشهيد الثاني في المناقشة ورمى ادلة الجنبين بالضعف في الكفاية ولم يهجم احد منهم على الجزم بالخلاف صريحا ولا ظاهرا مطلقا ولصاحب الكفاية مذهب قال فيه في الرياض انه خرق الاجماع المركب ظاهر وستسمعه وتعرف من اين اخذه وانه جيد جدا وكيف كان فالدليل على ما عليه الاصحاب بالنسبة اليه اجماع الفنية التي تطابقت عليه الفتاوى من دون خلاف الا من ابي علي الذي لا يزال مغالنا واعتضد باشهرات المقولات والمعلومات وان الشفعة على خلاف الاصل فمع العجز عن الترجيح لو كان يجب المصير الى ما عليه الاصحاب الاصل الاخر الذي قد نبه عليه في المبسوط والسرائر وما وافقهما بتوهم لانه ينتزع الشيء من يده كما ستسمع ببياننا والاصل 'لذني نبه عليه في

الدروس بقوله لانه اعرف بالمتد وفي المختلف وغيره لانه التنازع وقال في مجمع البرهان لانه منتضى
الدليل لانه التنازع ولانه ينتزع الشيء من يده ولانه لو فتح باب ان القول قول الشئيم لجاء كل شئيم
مع علم البيئة وادعى ان الثمن قليل واخذ الشقص بما ادعاه قلت يرد على هذا الاخير انه معارض بنكه اذ
لو اخذنا بقول المشتري لامكن دفع الشئيم عن الشفعة بسهولة كان يدعي مبلغا خفيرا والاصل الذي
اشاروا اليه بقولهم انه ينتزع من يده هو الاصل الذي اطلوه في باب البيع والاجارة والقرض والرهن
والوديعة وغيرها وهو ان الاصل ان لا يخرج مال المسلم عن يده الا بقوله وانه المالك فلا يزال ملكه
الا بما يدعيه وان الاصل ان ملك المسلم خسر المحترم لا ينقل عنه الا برضاه وقواه ولعل دلائلهم عليه صريحة
اسحق بن عمار عن ابي عبد الله (ع) رجل قال لرجل لي عليك ألف درهم فقلت الرجل لا وكسر وديعه
فقال ابو عبد الله (ع) القول قول صاحب المال مع يده ومثله قول في الحسن (ع) هي الصحيح ان
لازم الا ان يقيم البيئة انها كانت وديعة وقد يدل ان هذا يتم نسبة الى نفس الله لا الى قدر
الثمن كما تقدم وذلك في آخر باب البيع ويمكن القول بالمعروف ووهن شيء ما رده في ملكه
والروضة من منع كونه حكمه انك كذا مطلقا اي سواء ثبتت يده او ذلت ومع ذلك العين وعدمه
وقد اخذ من قوله في جامع المقاصد انه تباري في وقوع الاختلاف بين الشئيم والمشتري وانه من
باقية ملو اخذ بالشفعة ورضي ما دفع فقلت العين ثم وقع الاختلاف لم يجز فيه ذكره مع ان فيه نظرا
لان كونه مائكا لا يقتضي سريه دونه رجوعه لا احيين على من ينكر انتهى وقد جزم من الشئيم
في حواشيه (قلت) ما نقصه حارج من البيع لانه هو ما زاد لم يرد الشئيم في البيعة وما
بعدها كما هو ظاهر لم يرد في البيعة في جامع المقاصد في قوله ان البيع لا يرد
بين التبايعين وامله لانه بعد الاحد شفعة التي لا يتم لا تشخيص الثمن وانه عليه وديعه ووجه
الشقص عن يده برضاه فقلت العين رده ذلك ما تنازع ينعكس الامر ووجه الاصل وتقريره ان
ان قضية هذا الاصل ان يجري على طلاقه في نفس العقد والتمس قال الحسن وبعده وقد رده في
المسئلة في الثمن متفقين عليه وفي غيره احتجوا بمصنفين في التنازع الثمن ووجه في العقد دون الثمن
وبعض فيما ذالم يخرج من يدل انك كما تقدم في آخر باب البيع ووجه ما رآه هم تنويعا على
جوابه في الثمن تركنا كلامهم على ما اذا كان قبل التصرف من وفاءه وحلله مع موافقة قوله لان البيعة تنس
الشارع قواعد شرعية عليها فمن كانت البيعة كان القول قوله فليست في هذه في الله مات حيا او فاته
تشخيص الثمن بانفاقه عليه لانه لا تشخيص منه اختلافه والقبول ان لاحد المتنازعين في البيعة
الشئيم الثمن المتفق على برومه لانه جبر حيد لانه بعضه عند المشتري وكله عند الشئيم وقد يكونون
ازدادوا بقولهم ينتزع من يده انه منكر لانه القاب فيه ووجه نظره في جامع المقاصد فيه التوجه ول
ما يذكرون في تعريف الدعي انه الذي يترك وترك خضومة وهو المعروف عند اهل العرف في تعريفه
ولهذا تراهم يستحبون الحكم ان يقول استكلم الماعى ومن اطعمه ان اكثر المتنازعين لا يعرفون الاصل
ومخالفته والظاهر الشرعي من غيره ووجهه فلو لا ان يكون الاصل في الباب انه من دار ترك لما صحح
ذلك الى غير ذلك وان كان الدعي حقيقة شرعية في ذلك كان يظهر في ما تحاول واما من يدعي فانه
الدين ورد العارية ونحوه فهو منكره وعرفا وذلك ترى غير الله فين بذلك يلزمون الدعي وان تارا
يرينين في الواقع لانهم يبدون الاسكار في صورة الدعوى والمشتري لا يبيع على الشئيم شيئا
في ذمته ولا تحت يده ولا يدعي بقوله اشتريته بكذا وان كان خلاف الاصل انه يستحق ذلك على
الشئيم ويطلب تقريره اياه بل لا يطلب منه لاحد شفعة بديعه والشئيم هو الذي وترك خضومة
ترك لانه يدعي استحقاق ملك الشقص بشفعة باقدر انساني واشتري ينكره ووجه قيل في جوابه بانه
لا يتم فيما اذا ملك الشئيم بشفعة بوجه انك ودفع الثمن فقد عرفت به خارج من كل ارباع ووجه

ولو اقاما بيعة فالاقرب الحكم ببيعة الشفع لانه الخارج (متن)

قولهم انه عتده ان الاصل في فعل المسلم الذي لا يعلم الا من قبله قبول قوله فيه وما يقال ان الاختلاف ليس في العتد لانتائهما معا على وقوعه صحيحا ففيه ان هذا العتد لا يتشخص بدون الثمن المعين فالاختلاف فيه في قوة الاختلاف في العتد ولا يرد مثله في غيره من العقود لانها انما تقوم بالتعاملين وليس احدهما اولى من الآخر ولا كذلك الشفع بالنسبة الى المشتري فان عقد البيع لم يقيم بالشفع وانما هو خارج يريد انتزاع العين بما يدعيه فقدموا هنا قول المشتري لانه اعرف به. واما ان القول قول الفارم فقد طاعت به عبادتهم في باب الغصب وغيره فلا اقل من ان يكون تالفاصا ابعد هذا كله يقال ان المسئلة قوية الاشكال وما قاله في الكفاية من انه لا يبعد ان يقال اذا سلم المشتري المبيع بمطالبة الشفع ثم اختلفا في قدر الثمن فالقول قول الشفع وان لم يسلم وقلنا بوجود تسليم الثمن اولا فالقول قول المشتري فقد اخذ من المحقق الثاني بمطايي كلمات الشهيد الثاني وهو الذي ينبغي ان يكون المراد في الباب من كلام الاصحاب كما تقدم ولا شاهد نقول ابي علي بقوله في الخلاف والمبسوط انهما اذا اقاما بيعة يعمل ببيعة المشتري كما ظنه في التنقيح من الخلاف فانه مبني على مذهبه من تقديم بيعة الداخل ولعله استند الى تعليل الخلاف بانه المدعي زيادة الثمن فليتأمل وليعلم انه ينبغي ان تفرض المسئلة فيما اذا لم يكن عرضا يمكن عرضه على المقومين كما ياتي التنبيه عليه فيما ياتي هذا وفي المبسوط والشرائع والتذكرة والتحرير انه ايها اقام بيعة سمعت منه وثبت ما يدعيه وقد استند في المبسوط الى انها اقوى من اليمين وقال الشهيد في الحواشي لو اقام المشتري بيعة بالزيادة لدفع اليمين عن نفسه فالاقرب القبول وان كان في دفع اليمين عن المنكر بالبيعة في غير هذه الصورة تردد ووجه الفرق انه يدعي دعوى عضة وقد اقام بها بيعة فتكون مسوء انتهى وقال في جامع المقاصد بعد حكايته انه يشكل بان المشتري ان كان هو المنكر فالحجة من طرفه هو اليمين دون البيعة لقوله (ص) البيعة على المدعي واليمين على من انكر والتفصيل قاطع الشركة والا لم يسمع قوله بيمينه وقد عرفت انه في الحقيقة لا يدعي شيئا ثم حكى عن التذكرة والتحرير ما ذكرناه عنهما وقال انه لا يخلو من تدافع وواقفه على ذلك صاحب المسالك (قلت) وجه التدافع انه حكم فيهما بقبول قوله مع يمينه بدعوى انه منكر وسباع بيته يقضي بانه مدعي واما الشهيد في الحواشي فلا عليه ان يقول انه مدع دعوى عضة بقطعه قبل ذلك انه مخالف للاصل ولكنه لم يزم به بل جعله محل نظر ولعله لمكان فتوى الاصحاب ولما كان الشيخ ممن يذهب الى تقديم بيعة الداخل وسامها مع بيعة الخارج فبدونها اولى (نعم) على القول بتقديم بيعة الخارج لا تسمع لان صاحب هذا القول يقول ان البيعة ليست من شأن الداخل لانها يمكن ان تستند الى اليد لكنهم قد سمعوا بيعة المودع لاستقاط اليمين فتأمل والمحقق والمصنف قدما بيعة الداخل في بعض المواضع وهو ما اذا شهدت بيعة اليد بالسبب ولعلمها يقولان ان هذا منه بل قدم في الشرائع هنا ففي المسئلة التي بعد هذه بيعة الداخل اذا تعارضت البيعتان ولعلنا نقول فيما اذا شهدا معا بالسبب بتقديم بيعة الداخل فبالاولى ان تقدم هنا (قوله) * ولو اقاما بيعة فالاقرب الحكم ببيعة الشفع لانه الخارج * كما في السرائر والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد والكناية وقد قال به او مال اليه في الايضاح وقد حكم بتقديم المشتري في الخلاف والمبسوط والشرائع والمختلف وحكم في جامع الشرائع هنا بالترعة وعن ابي علي انه ان اقر المشتري بالشفعة فالبيعة عليه في قدر الثمن واليمين على الشفع وان لم يقر فالبيعة على الشفع انتهى فتأمل ولا ترجيح في الدروس والمسالك ولم يقل احد بالتعالف هنا متا ولا من العامة كما قاله العامة فيما اذا اختلص التبايعان لان كل واحد منهما مدع ومدعى عليه والمشتري هنا لا يدعي شيئا على الشفع ولان التبايعين قد باشرا العتد بخلاف الشفع او المشتري حجة الاولين ان الشفع خارج لانه

ولا تقبل شهادة البائع لاحدهما ويحتمل القبول على الشئيع مع القبض وله بدونه (مقن).

مدع ولا ملك له لانه يحاول استحقاقه التملك بما يدعيه ولان البعين لا تقبل منه فلا بد ان تقبل بيته وقد اختلفت حجة الآخرين في البسوط لانه داخل وبيته مقدمة وفي الخلاف لانه بيته تثبت زيادة الثمن والشفيع ينكره واحتج في المختلف بان قوله مقدم على قول الشئيع اي فتقوى بيته بقوله قل وهذا بخلاف الداخل والخارج لان بيته الداخل يمكن ان تستند الى اليد فلهذا قدمنا بيته خارج وفي صورة النزاع البينة تشهد على نفس العقد كشهادة بيته الشئيع واعترضه المحقق الثاني والشهيد الثاني بان تقديم بيته الخارج عند القائل به ليس اذلك فقط بل لقوله (ص) البينة على الدعي واليمين على من انكر والخارج مدع وكأثرهما ما انصفناه لانه بين وجه حكمة الخبر فاستغنى بها عن ذكره والا فالخبر لا يزال في النظر ولعل الاولى الاعتراض بينهما اذا تنزه في العقد ولا داخل ولا خارج اذ لا يراد له حصارا كالتنازعين في عين في يد غيرها فتجب القرعة واليه نظر صاحب جامع الشرائع في قوله بالقرعة وبه صرح في الشرائع في توجيه احتمالها واعترضه في جامع المقاصد بان تنازعا في استحقاق العين الثمن المخصوص وان التمسك به في الامر المشكر الذي لم يدل النص على حكمه وما نحن فيه ليس كذلك انتهى ويرد على الاول انه يرجع الى الاختلاف في العقد ولا داخل ولا خارج لان العقد المتشخص بالاثان غير المتشخص بالقيمة مثلا الا ان يكون اراد ان التدر من العقد الواقع بمسابقة متفق عليه والنزاع فيما اذا على ذلك فارجع الى كون المشتري مدعي والشفيع منكر وهذا غير محتمل وخلاف ما اختار آخرا فاهل ويرد على الثاني انه لم يتحقق عنده في المختلف ان المشتري منكر حتى يتنزه له النص لانه لم يستدل عليه به في تقديم قوله حيث لا بينة بل بانه اعترف بالعقد واذا يتنزع من يده الا ان يدعي ان كل من يتنزع من يده ينكر قليلا (قوله) ولا تقبل شهادة الدعي لاحدهما كما في البسوط والشرائع والتسوية والتحرير والدروس وجامع المقاصد والملك والكمالية واقصر في الشرائع على عدم قبول شهادته الشئيع لانه يدفع عن نفسه ضرر الدرك مع ما يراه من تعميم لبسوطه في البسوط لان شهادته لاحدهما شهادة على مال نفسه وتلك لا تقبل ولازمه يمر الى نفسه زنا قال في جامع المقاصد لانه ان شهد المشتري بكثرة الثمن تضمن انه يستحق ذلك عليه ثم ان هذا الرائد ان ظهر مستحقا استحق مداه او الرجوع الى بين ماله ان كان الشراء بعين الثمن فهو لا يعمد النفع بل ان كان له عرض يعود المبيع اليه فليس المشتري اذا اقام بالعيب او القين وينشئ فوات ذلك بخلاف الشئيع فينزله من اخذ بكثرة الثمن وان شهد بانه صانع فذلك دفع ذلك الزيادة او خرج مستحقا ورتد حول ذلك الحائط خيرا القين او قلة الارش او فلهذا شئيع معيبا بل ربما كان عالما بالعيب ويتوقع المطالبة به ورعا خاف رد المشتري له بالعيب او القين دون الشئيع فيرغبه في الاخذ بتقليل الثمن كي ذكر ذلك كله في مطاوي كلامه مع المقاصد وكذلك المذكور قد ذكروا في باب الشهادات فاعلموا في غير النفع ورفع الضرر وهو ما يرجع الى كونه مديا في الاول والى كونه منكر في الثاني وبعض ما ذكر او كله لا يدخل في هذا الضبط نعم ما ذكره لا يدخل تحت التهمة وقد وقع الاتفاق على ان ليس كل تهمة مبنية على التهمة المنعصرة في ثلاث بالاداة والبغضة وجلب النفع ودفع الضرر فتدبر ورب الحق ذلك اي التهمة الماددة الى الشهادة والاصل فيها الاخذ على انه في الصورة الاولى لا يمر نفع لان الثمن ثبت باقرار المشتري كما ان دفع ذلك الزيادة يمكن ندرته وندرة خطوره في البال لا ينت في عقد شهادة الثقة العدل واما قوله في البسوط فلانها شهادة على فعل نفسه فليس يتجه على اطلاقه (قوله) ويحتمل القبول على الشئيع مع القبض وله بدونه * = هذا قد استحسنه في التذكرة وقواه في الحواشي وكأنه مال اليه في الايضاح واحتمله ايضا في الدروس لانه قد شهد بان الزيادة بعقد القرض فقد اقر بزيادة المدعي فلا تهمة ولا يستثنى الى

ولو كان الاختلاف بين المتباينين واقاما بينة فالاقرب الحكم لبينة المشتري وباخذ الشفيع به ولو لم يقم البينة حلف البائع فيتخير الشفيع بين الاخذ به والترك (متن)

استحقاق المطالبة بالبذل او العين على تقدير ظهور الاستحقاق لان ذلك لا يقصد عقلا في ضمن هذا المورد و اذا شهد بالتقصية بدون القبض فقد اقدم على نقصان حقه وعذوره الدرك مستحق في ضمن هذا ولعل لا تولى التبرل مطلقا الا في صورة يرجع فيها الى كونه دعيا او منكرا جريا على الضابط المذكور ووفتا للاجماع المأثور في كشف اللثام وهو الموافق لعمومات اخبار باب الشهادات والاعتبار اذا لامعني لرد قول اللغة الذي هو حجة لمجرد تهمة محتملة الا ان يكون قد انعقد على ذلك اجماع والتبع لا يقضي به الترك الاكثر له وخاتمة السر في بعض ذلك على الظاهر وكر جمعة لاحتمال المذكور في الكتاب ولو كان متقولا لاعترا عليه (قوله) - ولو كان الاختلاف بين المتباينين واقاما بينة فالاقرب الحكم لبينة المشتري وباخذ الشفيع به كما صرح بالخصمين معا في الشرع والتحرير والحواشي وجامع المقاصد وستحسنه في المسائل وهو قضية كلام التذكرة ولايضاح وقال في المبسوط ان الحكم عندما فيها بالقرعة قال وفي المغاينين من قال بانها عند اودنسخ العقد او فسخه وقد حكينا ذلك فيما سلف حيث تعرض المصنف له وان لم يكن من فروعا وسبغا الكلام فيه حجة الكتاب وما وافقه انه قد تقدم في باب البيع ان المتباينين اذا اختلفا في قدر الثمن قدم قول البائع مع بقاء السلعة والمشتري مع تلاها ان لم يكن بينة والمنزوعة من ثمنها لياخذها الشفيع فتكون بينة المشتري هي المقدمة لان اعتبار اليقين من احد المتباينين يقضي باعتبار البينة من الآخر وقال في جامع المقاصد هذا على ما ذكره من سماح البينة من المشتري اذا وقع الاختلاف بينه وبين الشفيع واضح لكن الاشكال السابق الوارد على اصل المسئلة لو ادعى الشفيع الاقل منهما واراد هنا (قلت) قد عرفت انه غير وارد هناك لانا بيننا ان المشتري ليس يمدح وقدرنا بينة الشفيع عند قيامها واما هنا فقد قال هو او مال في باب البيع الى ان كلامه . دعوى مكر ولما قدما قول البائع مع يمينه الاجماع والاخبار اذا كانت العين قائمة كانت بينة المشتري هي لمقمة . عرفت اننا ولانه مدع من وجه عنده ولم يجتمع في البائع هذان الوجهان واما الاصحاب فقد تجشموا توجيه كون البائع منكرا بالمال عين السبب وشخصه بقرعه على الثمن الزائد لم يكن معترف بالملك مطلقا بل على ذلك الوجه الذي ان ثبت ثبت به الثمن المخصوص فيكون منكرا . ما يدعيه المشتري فوجب منهم تقديم بينة المشتري فليتأمل والوجه في اخذ الشفيع باشهدت بينة المشتري فلا راد لانه ثبت شرعا وان الزائد يزعم المشتري غير مستحق ونبينة البائع كاذبة ووجه ما في المبسوط ان الحكم منسب وهو محل القرعة وظاهره دعوى الاجماع عليه حيث قل عندنا كما عرفت هذا وقد قال في الايضاح ان بينة المشتري مقدمة ولو قلنا انها اذا اختلفنا في قدر الثمن ولا بينة تحالفا لانا مخالفة لاصلين انتقال الملك ورضا البائع بهذا العرض وبينه البائع تحالف اصلا واحدا وهو عدم رضا المشتري بازياة وعرضه المحقق الثاني فقال لا ريب ان اصاله عدم انتقال الملك قد زالت باعتراف البائع بمحصول البيع الناقل للملك (انتهى) وفيه الريب يقضي بان فخر الاسلام متوهم بزعمه قطعا وهو التوهم لان مراده في الايضاح باصاله عدم انتقال الملك الاصل الاصيل الذي نهينا عليه مرارا وهو اصل عدم انتقال الملك عن مالكه الا بقونه وقد استند اليه في الايضاح في اوخر باب البيع وقد بيناه اننا فيما اذا اختلف الشفيع والمشتري في الثمن ولا بينة وبه صرح في الدروس فيما اذا هلك الثمن اذا كان قيسيا وله كان الاولى ان يعترض عليه بانه ان اعتبر الاصيلين فلامعني للتحالف بل يتعين حلف المشتري وان لم تعتبرهما فلا معنى لترجيح بينة بغير فتأمل (قوله) - ولو لم يقم البينة حلف البائع فيتخير الشفيع بين الاخذ به والترك - - له حلف البائع حينئذ فلا اجد فيه خلافا هنا فاذا حلف اخذ من المشتري ما حلف

والاقرب الاخذ بما ادعاه المشتري وكذا لو اقام الدافع البينة ولو قال المشتري لا اعلم كمية الثمن كلف جوابا صحيحا (متن)

عليه وما ان الشفيع يتغير بين الاخذ به والتكسب نفي انه ان خذ اخذت حلف عليه الدافع فهو قضية كلام البسوط والشرع لانه الثالث شراء والتواجب على المشتري دفعه فهو الثمن حقيقة وقدر موهب النفع كما ستعرف وجهه وقد لا يكون مفهوما من كلاميه ويتأتى ايضا اني الاخذ المذكور على قوله في البسوط ما ان الزيادة في من الخيار تلحقه من لو كان الحلف في من خيار (قوله ١) وهو الاقرب للاخذ بما ادعاه المشتري كما في التحرير والارشاد والايضاح والدروس ومع المقاصد والاشكال وكذا الجواشي وفصل في المسكرة قال الشفيع ان صدق الدافع دفعه ما حلف عليه وليس المشتري المطالبة له لانه ربي انما اخذ ما ائتم به انما ائتم فلا طالب من ظلمه وان لم يعترف بماله في دعاه المشتري جبهه وردقه على ذلك لانه لا اراد على وهو حيد جدا بل هو المتعين في النظر بل يحس حمل كلام الكتاب وهو واقفه على انفسا الشفيع حاداه وصدقا للمشتري طهرا لكن ان صدق الدافع لا مكان في نفس الامر صدقا وحب ما ان دفع الدافع الى المشتري وهو على سبيل خفية ونحوه لان كان ذلك حقا له في الواقع وان كان كذلك في ظاهر الشرع وليس له ظلمه (ووجهه) الاقرب في الكتاب وهو واقفه ان الاخذ انما هو من المشتري وقد نفي ان الزيادة ظلم فلا يجوز ان يظلم بها غيره وقرار العقلاء حاتر بل لو رجع الى قول الدافع كونه لكانت ربي وسكادنا لم ينعمه الا ان يصدق الشفيع كما في التحرير والتذكيرة والدروس (قواكم) انه الثمن حقيقة مسلم اليسته في حق المشتري لا في حق الشفيع للمشتري مع انما هو من حقوق الدافع انما ظاهرا وكون بين سابع فاجرة فيواخذ بقراره فليتاهل حيدا لان الحال فيه كما اذا قدم البينة كما يأتي عن البسوط (وقد استدلل في الايضاح القائل بالاخذ من الدافع في المسئلة وفيما اذا اقام الدافع البينة كما بقي بتقدير الاحكام ومعناه انه قد ثبت شرعا انه الثمن فلو اوجب الشارع غيره او اعزاه الى احد كانا وقد قل (ع) لا يحكم في قضية بحكمين مختلفين ويجب ان ذلك مع اتحاد الحكماء بالحكماء عليه وله وهذا المحكوم عليه المشتري والمحكم به الشفيع (قوله ٢) وكذا لو اقام الدافع البينة كما في يثبت ما ادعاه والاقرب الاخذ بما ادعاه المشتري وقد تبين وجهه وقد صرح هنا في البسوط والشرائع ان الشفيع باخذ بما ثبت من الثمن وقد عرفت وجهه ايضا كما عرفت فيما سلف الوجه في جماع دينه البائع مع كونه منكرا عندهم ولذلك لم يتأمل في ذلك هنا احد غير المحقق الثاني (قوله ٣) وله قال المشتري لا اعلم كمية الثمن كلف جوابا صحيحا (٤) كما في الشرائع والتحرير ومع المقاصد والمالك (وقال) في البسوط اذا قال اشتريت هذا الثمن في شركتي فالف فقال قد اشتريت كما قلت غير اني لا اعرف مبلغ الثمن لاني نيتي ان اكون الثمن جزافا قيل فيه وحيان (احدهما) ان هذا جواب صحيح وهو الصحيح فيكون القول قوله مع انه يحلف وتسقط الشبهة (والثاني) انه ليس بحواب صحيح ويقال له ان اجبت عن الدعوى والاحتياط كما لا يحلف الشفيع ويستحق انتهى (ومعناه) انه اما ان يستند في عدم علمه بمبلغه وكيفية الى النسيان او الى كون الثمن جزافا على مختار العامة والقولان لهم في جميع قوله في الاول الى اني نيتي واستعرف انهم يوافقونه في ذلك على ذلك على انه قال في توجيهه ان المشتري اجاب بحواب صحيح فانه قال صدقت قد اشتريت كما يجب لك فيه الشبهة ثم انكر سببا غير هذا وهو انه لا يعرف مبلغ الثمن وقال ان الذي ذكره المشتري ممكن فاذا كان كذلك كان القول قوله فاذا حلف فلا شبهة فاحكي عنه في الشرائع والتحرير والمالك غير صحيح من وجهين قال في الشرائع اما لو قال لم اعلم كمية الثمن لم يكن جوابا صحيحا وكلف جوابا غيره وقال الشيخ يد اليمين على الشفيع وبعينه حرقا فعرفا قال في التحرير ونحوه ما في المالك قال الشيخ لم يطلق الكلمة في فرض المسئلة بل عليها ولم يقل بالرد على الشفيع بل قال في الرد

ولو قال نسبته او اشتراه وكيله ولا اعلم به حلف وبطلت الشفعة ولو اختلفا في قيمة الموضع المجمول ثم اعرض على المقومين فان تعذر قدم قول المشتري على اشكال (متن)

على من قال بالرد على الشفيع من العامة وان الجواب غير صحيح فيقال له ان اجبت الى آخر ما سمعته انفا مانصه ان المشتري هو المباشر للعقد وقد يكون الثمن جزافا من الحال ان يعرف الشفيع المبلغ ولا يعرف المشتري فلذا كان جوابا صحيحا انتهى بل نقول لو كان الشيخ اطلق الكلمة في الفرض كما فهم منه اكان جوابا صحيحا في العرف واللغة بل قد يفهم ذلك من عبارة التذكرة وقد علل في جامع المقاصد عدم صحته باجماله واحتماله وبينه في المسالك بانه مشترك بين ان يكون لا يعلم ابتداء من حين الشراء وهو غير مسموع لاقتضائه بطلان العقد وبين ان يكون عرضا قيميا واخذه البائع وتلف في يده ولا يعلم قيمته فان القول قوله مع يمينه لاصالة عدم العلم وكون ذلك امرا ممكنا وبين ان يكون قد نسيه (قلت) قد صرح بالحكم المذكور في الشق الثاني في المبسوط في موضع آخر والدروس وستعرف المصريح به في الشق الثالث واما الشق الاول فخارج عن كلام الشيخ كما سمعت لانه فرض المسئلة فيما اذا قال صدقت قد اشتريت بما تجب لك فيه الشفعة فان قال لاني اشتريته بشن جزاف كان الجواب صحيحا عند اكثر الشافعية حكاه عنهم في التذكرة لانهم يجوزونه وقال انه الاقرب على مذهبهم واما اصحابنا فيحملونه على احد الشقين الاخرين فكان عندما كما لو قال لا اعلم كمية الثمن والعقد صحيح بل نقول او اطلق الكلمة وحدها وجب حمله عندنا على احد الامرين الاخيرين ولا يجب عليه التمين كما قالوا مثله في مواضع اكثر من ان تحصى ولا داعي الى عقوبته بجسه حتى يجب باحدها معينا له كما هو اي العيب قضية كلامهم وبه صرح في المسالك (قوله) * * * ولو قال نسبته او اشتراه وكيله ولا اعلم به حلف وبطلت الشفعة * * * قد صرح بالحلف والبطان في صورة دعوى النسيان في الشرائع والتذكرة والتحرير والدروس والمسالك وصرح بهما في الصورتين في جامع المقاصد (ووجه) ذلك في الثاني واضح وفي الاول ان ذلك لا يعرف الا من قبله فلو لم يقبل قوله باليمين لزم تخليده الحبس على تقدير صدقه فاذا حلف بطلت الشفعة لتعدد العلم بالثمن (قال) في جامع المقاصد واما تبطل مع اليأس من العلم به فلو امكن استعلامه فالشفعة باقية (قلت) هذا يقتضي بانها ترجع بعد بطلانها بالحلف قال ولو قال الشفيع اني اعلم قدره وادعى المشتري النسيان فهل يثبت بيمين الشفيع هنا فيه نظرا (قلت) اذا ادعى الشفيع عليه العلم توجه الحلف على المشتري بانه ناس فان نكل المشتري عن الحلف على النسيان وردت اليمين على الشفيع فانه يحلف حينئذ ويثبت بيمينه ويبقى الاشكال فيما اذا حلف على النسيان فهل تبطل الشفعة او يحلف الشفيع على المقدار الذي يدعى علمه به ويثبت بيمينه كما قلناه فيما اذا قال المدعى عليه لا ادري احتمالا (الاول) لمكان اطلاق الفتوى بانه يحلف اذا ادعى النسيان وتبطل الشفعة من دون تفصيل بدعوى الشفيع العلم وعدمه (والثاني) جرى على المختار هناك لعدم التنافي وان من حفظ حجة على من لا يحفظ كما اذا كان الشفيع يصدقه في النسيان ويدعي العلم فانه يحلف عندنا وياخذ بالشفعة (قوله) * * * ولو اختلفا في قيمة الموضع المجمول ثم اعرض على المقومين * * * كما في التحرير والدروس والحواشي (ومعناه) انه لو اختلف الشفيع والمشتري في قيمة الجوهرة المجمولة فما بحيث لا يمكن معرفتها الا بعد الرحيل والمسير يومين او اكثر الى المقومين الذين هم في بغداد مثلا او اصفهان فانه لا يقدم هنا قول المشتري بادء كما تقدم لانه يمكن العلم بذلك وان كان مع مشقة وعسر فلا معنى لقوله في جامع المقاصد لا معنى للاختلاف في القيمة مع وجود العين وامكان استعلام قيمتها (قوله) * * * فان تعذر قدم قول المشتري على اشكال * * * اي ان تعذر عرضه على المقومين لهلاك وشبهه كما في الدروس والحواشي قدم قول المشتري كما جزم به في

ولو اختلفا في التراس او الباء قال المشتري انا احدثته وانكر الشفيع قدم قول المشتري
لانه ملكه والشفيع يطلب ملكه عليه ولو ادعى انه باع نصيبه على اجسبي فانكر
الاجسبي قضى للشريك بالشفعة بظاهر الاقرار على اشكال (متن)

التحرير والدروس قال في التحرير لانه كما اذا اختلف في قدر الثمن والمصنف هو المتشكل وقد
وجه منشأه ونده والشهد من انتزاع الملك منه واخذه منه قهرا فلا يقهر على العوض ايضا فيقتدر قوله مع
عينه ومن ان الاصل عدم الزيادة وجعل في جامع المقاصد في الاشكال في المسئلة: انه في ذلك اختلفا في قدر
الثمن فلهذا عده كماله وقتا - في الفرق بين هذه المسئلة ومسئلة لاختلاف في قدر الثمن حيث حرم تقديم
قول المشتري هناك - - - - - قلت - - - - - كذا النزاع هو في ان الثمن الم اوالعالم والاربع هاهنا هي قيمة
الحوهرة المبحونة فثالثي هـ - - - - - في الواقع ولا يعلم الا لقومور وقد هلكت و - - - - - حرم حرمه البهجة فهل
يصير الثمن بذلك مجهولا كما دسبه و شذاه وكيله ومث فتصل الشفعة - - - - - من قول - - - - - دا
اختلفا في الثمن فيقدم قول المشتري مع - - - - - والاشكال قوي في محله ويرفع به لا خلاف - - - - - في
حيث لانه قد يكون مراد من العدة في الشق لاحد القول قول المبيع حين - - - - - لاصل - - - - - الزيادة
(قوله) - - - - - وواختلف في التراس اواله - - - - - فقول المشتري ان حاشته وانكر الشفيع قدم قول المشتري
لانه ملكه والشفيع يطلب ملكه عليه - - - - - وانتزاعه من - - - - - كذا - - - - - في البسوط
والتدكرة وجمع المقاصد (قوله) - - - - - ولو ادعى انه باع نصيبه على احدي ورثته - - - - - في فدي
لشريك بالشفعة بظاهر الاقرار على شكل - - - - - قد قدي له - - - - - الشفعة في ال - - - - - في
والمسود والتدكرة والمختار والدروس والحوشي وجمع المقاصد والمثلث - - - - - الشفعة لانه قال ال
له اشبه وبما في السرائر وجامع السرائر ولا ترجيح في التحرير والايضاح (احتج) الشفيع في الخلاف
والمبسوط بانه اقر بحقين احدهما حق المشتري والثاني حق الشفيع مادام رد المشتري ثبت حق الشفيع وقضية
ان عدم قبول قوله في حق المشتري لا يوجب ابطال حق الشفيع لان الاقرار يقتضي حكمين بغير تلازمين
(وبان) في السرائر في رده قال ان الذي تقتضيه قبول اصحاب ومذهبهم ان الشفعة لا تستحق الا بعد
ثبوت البيع واستحقاقها واخذها من المشتري دون المانع والبيع ما صح ولا وقع ظاهر او لا يخل لحاكم
ان يحكمه بان البيع حصل وانعقد فكيف يستحق الشفعة في بيع لم يثبت عند الحاكم وكيف ياخذها من
المانع وايضا لاصل ان لا شفعة فمن انتبها احتج الى دليل قاطع وهذه مسئلة حادثة نظرية لا يجمع
فيها الى قول المخالفين يعني الزني الى آخر ما قال (واحاب) في المختلف بان ثبوتها لا يتوقف على ثبوت البيع
بل على البيع نفسه وقد اقر به البائع لئلا يكتن ثبوت البيع ما مرين اما اذية او الاقرار وقد حصل
احد الامرين بالنسبة الى المقر ولهذا لو صدقه المشتري ثبتت الشفعة بمجرد الاقرار وتنتج عدم ثبوته عند
الحاكم بالنسبة الى الشريك انتهى ولم يتعرض للحواب عن الاصل ومن الاخذ من المشتري (واصل) الاولى
والاخصر في كلامه الاول ان يقول ان ثبوتها على ثبوت البيع انا هو بالنسبة الى الاحد من المشتري
واما بالنسبة الى الاخذ من البائع فيمكن اقراره - - - - - ان قول السرائر هو الاقوى انظر الى الاصل
والاجماع على ان الاخذ من المشتري والشفعة المومي الباقية عقد ولا مخرج عنها كما احتج به في حجة المسئلة اذ لا
اجماع في القام والاطلاقات لندتها لا تتناولها بل قولهم عليهم السلام مانع نصيبه ومانع الدار الى مع ذلك
لا يتناول من ادعى البيع وردت دعواه بحلف المنكر خصوصا الحرف الذي سئل فيه عن الشفعة ان هي
وفي اي شيء هي فقال اذا كان الشيء بين شركين لا غيرها فباع احدهما نصيبه فشرى بكماله من
غيره (ولك) ان تقول انه لا مناص عن وجود الضرر بالشريك لانه يؤول الامر الى ان الامام يتصدق بالشفيع
ثم ماذا يكون حكم الشفيع اذا اعترف البائع بانه قبض الثمن من المشتري وانعصر المشتري ذلك

ولو صدق البائع الشفيع لم تثب وكذا لو اقام الشفيع بيعة انه كان للبائع ولم يقم الشريك بيعة بالارث لانها لم تشهد بالبائع واقرار البائع لا يقبل لانه اقرار على الغير ولا تقبل شهادته عليه وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع ولو ادعى الشريك الايداع واقاما بيعة قدمت بيعة الشفيع لعدم التنافي بين الايداع والابتياح (متن)

* ولو صدق البائع الشفيع لم تثب * - كما في التحرير وجامع المقاصد (ومعناه) انه ادعى على شريكه شراء نصيبه من زيد فصدقه ريد وانكر المشتري وقال اي وروته من الي لان تصديق من خرج عنه الملك الى الغير اقرار في حق الغير فلا يقبل ولا يمد مثل ذلك شهادة لانها على من نذسه في موطن تهمة وقد بين الحال في ذلك وقد اطلق على من انتقل عنه الملك اسم البائع بمقتضى اقرار الشريك الذي هو شفيع بزعمه (قوله) * = * وكذا لو اقام الشفيع بيعة انه كان للبائع ولم ينم الشريك بيعة بالارث لانها لم تشهد بالبائع * = * كما في التحرير وجامع المقاصد لانها لم تشهد بالبائع فسا لم يثبت البيع لم تثب الشفعة (قوله) * = * واقرار البائع لم يقبل لانه اقرار على الغير * = * قال في جامع المقاصد هذا تعليل لقوله ولو صدق البائع الشفيع لم تثب ذكره بعد تعليل المسئلة الثالثة فيكون من قبيل الف والنشر الغير المرتب ويمكن جعله مسئلة اخرى براسها مستانفة لكن يلزم التكرار لان التصديق هنا بمعنى الاقرار (قوله) * = * ولا تقبل شهادته عليه * - اي لا تقبل شهادة من هو بائع يزعم المدعي على الشريك لمكان التهمة ولانها على فعل نفسه فانه اذا كان البائع ثبت له على الشريك ذلك الثمن واستحقاق خيار الغبن والرؤية ونحو ذلك بشروطه وشهادته بالانتقال عنه بالبيع تثبت له سلطانا على المشتري وذلك يمر نفعه الا ان تقول وتثبت ايضا للمشتري سلطانا بمثل ذلك واحد الشفيع لا يجدي في دفع ذلك عنه لانه يرجع بالآخرة اليه فتأمل (قوله) * = * وليست الشفعة من حقوق العقد فيقبل فيها قول البائع * - اي ليست الشفعة من حقوق العقد الثابتة على البائع كخيار المجلس حتى يقبل فيها قول البائع لكونه اقرارا على نفسه او حتى يقبل فيها شهادته لانتفاء جرائن التبع وانا للشفعة حتى ثبت بالاستقلال للشريك بسبب البيع وليست من حقوقه كذا قال في جامع المقاصد (قوله) * = * ولو ادعى الشريك الايداع واقاما بيعة قدمت بيعة الشفيع لعدم التنافي بين الايداع والابتياح * = * كما صرح بذلك كله في الشرائع والتحرير وقضية اطلاق الكتب الثلاثة ان بيعة الشفيع مقدمة في جميع صور المسئلة وانه لا تنافي في شيء منها وهو غير تام كما استمع وهي اربع وعشرون وانا استثنى منها فيها صورة واحدة ذكرت في الثلاثة بلفظ القيل اي اذا نادم ترجيعها كما استمع (وبيان) بلوعها الى اربع وعشرين انما اما ان تكونا مطلقتين او مورختين او احدهما مطلقة والاخرى موزعة فالصور اربع وعلى تقدير تأريخها اما ان يتعدا في وقت واحد او يتقدم تأريخ احدها وهما صورتان فصارت سنا وعليها جميعا ما ان تتعرض كل واحدة من البيتين لان الملك للبائع بان تقول ان البائع باع ما هو ملكه او ان الملك للمودع كأن تقول انه اودع ما هو ملكه او لا تذكر ذلك او تذكره احدهما دون الاخرى فالصور اربع فاذا ضربت في الست السابقة كان المرتفع اربعا وعشرين وفي المبسوط والدروس تقييد تقديم بيعة الشفيع بما اذا كانتا مطلقتين او كانت بيعة الابتياح متأخرة التاريخ او مقيدة بان البائع باع ما هو ملكه ولم تقيد بيعة الايداع ونحو ما في التذكرة مع زيادة ما لو سبق تأريخ البيع قال لانه لا منافاة ايضا لاحتمال ان البائع عصبه بعد البيع ثم رد اليه بلفظ الايداع او رد مطلقا فاعتمدته الشهود او يكون المشتري قد عجز عن الثمن فقال البائع خذ وديعة حتى تجد الثمن انتهى فتأمل وقد يكون الدفع الى المشتري بصورة الوديعة لحوف من ظالم وغيره وهذا وان كان خلاف الظاهر والمعروف من معنى للايداع ولعل وجهه ان بناء الايداع على التساهل لان كان جازا ولهذا اكتفي فيه

نعم لو شهدت البينة بالابتیاع مطلقا والاخرى ان المودع اودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخر قبل قدمت بينة الايداع لانفرادها ويكاتب المودع فان صدق بطلت الشفعة والا حكم للشفيع (متن)

بالفعل بخلاف البيع وقد اتفقت هذه الكتب الثلاثة على الجزم باستثناء الصورة التي نسبت في الكتب الثلاثة المقدمة الى القيل وهي ما اشار اليه اذنف بقوله نعم لو شهدت الخ (وبيان) المسئلة وصورها انه لو ادعى الشريك في شقص على من هو في يده انه ابتاعه لياخذ بالشفعة وادعى من هو في يده انه ودیعة متن مالك فان لم يكن له بينة فتقول قول مدعي الوديعة لاصانة عدم الشفعة وان اقام الشريك بينة قبلت وان اقامها بينة قدمت بينة الشفيع على ما في الكتاب وما واقعه لما مع الاطلاق فلانه قد يكون اودعه ثم باعه وكذا مع تقديم ترويج بينة الايداع وقد سمعت ما في التذكرة من توجيه تقديم بينة الشفيع مع سبق تاريخ البيع ولو اتحد التريخان فان امكن الجمع كما اذا قالنا يوم الجمعة فذاك والا كما اذا قالنا بعد الرول بلا فصل ففضية اخلاق الكتاب وما واقعه تقديم بينة الابتیاع وانه لا تنافي وهو شكل الثاني في موجوده فيخي ان يكون النظر في هذه الصورة الى القامدة وهو انه مدع فكأنه قال تقدم بينة الابتیاع لمدعي الثاني حيث لا تنافي وحيث يوجد الثاني فلانه مدع لكنه بعيد عن العبارة واختار في الدروس في هذه الصورة القرعة (ثم) عدالى مقررات العادة فان فيها تسامحا حيث سمي مدعي الايداع شريكا محاذيا من حيث دعوى الشريك الاخر عليه الشركة او من حيث اليد الدالة في الظاهر على الملك وتسامحا في قوله قدمت بينة الشفيع لان تنديسها فرع التماس ولا تعارض لعدم التنافي فلو قل قضي بينة الشفيع كما ياتي له لكان اجود وفي تمليل التقديم بعدم التنافي مسامحة اخرى اذ لا ريب بينهما (قوله) * نعم لو شهدت البينة بالابتیاع مطلقا والاخرى ان المودع اودعه ما هو ملكه في تاريخ متأخر قبل قدمت بينة الايداع لانفرادها ويكاتب المودع فان صدق بطلت الشفعة والا حكم للشفيع * هذا هو ما استشي او كان في قوة المستثنى وقد عرفت ان القائل بذلك الشيخ في المبسوط وبه جزم في التذكرة والدروس كما عرفت ان كلامه الصحيح وما واقعه يؤذن بعدم ترجيح ذلك (حجة الشيخ) ان بينة الايداع قد انفردت عن بينة الابتیاع بدحض الملك مع تخر التاريخ حيث قات انه اودعه ملصقه في تاريخ متأخر عن تاريخ البيع كأن قات بينة البيع انه باعه يوم الجمعة وسكنت وقات بينة الايداع انه اودعه ملكه يوم السبت فيستعصب حكم الوديعة اذ او تقدم على البيع فلا منافاة لحوا ان يودعه ملكه ثم يبيعه فكأننا ورختين والثانية متأخرة فلا يحتل ان يكون المودع غير مملوك ويمكن ان يكون البيع لقب المملوك ففستان اطلاقه اضف من الوديعة المقيدة بعدورها من المالك وحينئذ فيصحب المودع وهو من ادعى صاحب اليد انه اودعه وشهدت بايداعه ملكه لان اليد له بزم المدعى عليه وبيته فان صدق فلا شفعة له ويصحبون بمنزلة ما لو شهدت احدى البيتين لواحد المالك والاخرى بالتمسك فان الملك اقوى وان لم يصدق حكم للشفيع لا تنافي حقه بتكذيب بيته فتنقض فتبي بينة الشفيع بغير ما مضى فجب العمل بها (الايقال) ان الشراء المشهود به قد نزل على الاعمال من الشراء من المالك فكيف يعمل بيته بعد التكذيب الا ان كان الحل على خلاف الظاهر لوجود المعارض الذي لا يقبل خلاف الظاهر والمصنف ومن واقعه من في هذه الصورة الى عدم التنافي لان البينة بايداع الملك لا تنافي البيع لان الشهادة بالملك يمكن الاستناد الى العلم بالملك في زمان متقدم وعدم العلم بالمريل الطاري وعدم العلم به لا يدا على عدمه فيثبت بينة الشراء تشهد بامر زائد لا تعارضها الاخرى فيه فيجب الحكم به وهو الاصح قد تمام . التوجيه احتمال كون المودع غير مملوك وهو الذي اعتمد صاحب جامع المقاصد وصاحب

ولو شهدت بينة الشفيع ان البائع باع وهو (ما هو خ ل) ملكه وبينة الايداع مطلقا قضي للشفيع من غير مراسلة لانتفاء معناها ويطلب مدعي الشفعة بالتحريم بأن يحدد مكان الشفيع ويذكر قدره وكية الثمن (متن)

المسالك ويمكن توجيهه ورفع التنافي مع كون المودع مملوكا بأن يكون باعه أولا ثم اشتراه او اتهمه ثم اودعه (ولعل) مراد الشيخ والمصنف في التذكرة والشهيد في الدروس بقولهم شهدت بأنه اودعه ما هو ملكه انه اودعه ملكه الذي لم يزل عنه كما اذا كان شرط عليه البائع يوم باعه وشريكه دفعة ان يودعه عند من هو بيده لينزع به وية سرف فيه وذكرت السبب فشهادة بينة البيع كانت مستندة الى اليد والتصرف لان المستودع لا يتصرف كما اشار اليه في التذكرة بقوله وحيث ينتهي الاحتمال اذ لا يتبين الاحتمال الا ان يكون المراد ما قلناه وحيث يترتب النزاع في المسئلة (ويبقى الكلام) في تصديق المودع فانه على ما قلناه لا عبرة به فلا يتم النزاع كما لا يتم ما في التذكرة (وليعلم) ان ما حكى في الكتاب من الشفيع قد حكى بعينه في الشرائع والتحريم وبه عبر في الدروس مع اختلاف يسير جدا في آخر كلامه وهو معنى ما في المبسوط قال قدمت بينة الايداع لانها انفردت بالملك واستقطت بينة الشراء واطر الشفيع في يد المدعي عليه وكتب الى عمرو فسل ما ذكر هذا الحاضر فان قال صدق الشفيع وديعة سقطت الشفعة وان قال عمرو ما اودعته ولا حتى لي فيه قضي للمدعي بينة الشراء وسلم الشفيع اليه انتهى ومعنى تقديم بينة الايداع في كلامه وكلام من حكى عنه ومن وافقه انها تقدم على بينة الابتياح تغديا مراعى معنى انه يقر الشفيع في يد المدعي عليه ولا ينتزعه الشفيع (اما) التقديم فلما تقدم من ادبته (وا) كونه موقوفا مراعى فلا يمكن الوقوف على حقيقة الحال بسؤال عمرو فان صدق استمر الامر وان كذب حكم الشفيع (او يقال) لما كان غرض هذا اثبات الشفعة وغرض ذلك نفيها وقد حكم به كان في معنى التقديم فناقشة صاحب جامع المقاصد لعلها لم تصادف محلها قال في حكاية المصنف قول الشيخ قدمت بينة الايداع الخ مناقشة فان الحكم للشفيع ينافي تقديمها بل ترتيب عدم الشفعة على تصديقها ينافي تقديمها وكان الاولى ان يقول قيل يكتب المودع فان صدق حكم بينة الايداع لانها اقوى انتهى وانت قد عرفت ان المراد بالتقديم التقديم او الوقوف لانه يمكن الوقوف على الحقيقة فلا منافاة في الامرين ولو قال بنا جعله أولى كان خلاف الواقع (قوله) * ولو شهدت بينة الشفيع ان البائع باع وهو ملكه وبينة الايداع مطلقا قضي للشفيع من غير مراسلة لانتفاء معناها * كما صرح به في المبسوط والشرائع والتذكرة والتحريم والدروس وجامع المقاصد والمسالك وهذه داخلة في العموم السابق بتقديم بينة الشفيع كما تقدم بيانه وانما خصها بالذكر للمقابلة بينها وبين ما قبلها في الحكم بالتقديم وفي مراسلة المدعي كونه مودعا وعدمه لانها عكسها وفي جامع المقاصد انه غير محتاج الى التعرض اليها مع ايهام غير المراد وهو انها مستثناة كالتي قبلها وانت قد عرفت الوجه وهذا الايهام لاتكاد تتناوله يد الاوهام ولم تعتبر المراسلة هنا لانتفاء فاندتها فانه لو صدق بيته لم يلتفت الى قوله لترجيح بينة الابتياح من حيث عدم المناقاة وقد اتفقت عباراتهم هنا على التعبير بقضي بينة الشفيع وهناك على التعبير بتقديمه ويمكن بيان وجه ذلك (قوله) * ويطلب مدعي الشفعة بالتحريم بأن يحدد مكان الشفيع ويذكر قدره وكية الثمن * ونحوه ما في التذكرة من انه اذا ادعى انه اشترى شقصا في شركته وانه يستحق عليه الشفعة فانه يحتاج الى تحريم دعواه فيحدد المبيع الذي يدعي فيه الشفعة ويذكر ثمنه فاذا فصل ذلك سئل المدعي عليه وقال في التحريم لو ادعى تأخير شراء شريكه عنه طلب منه تحريم الدعوى بتعيين المكان الذي فيه الشفعة وقد رتب الشفيع والثمن ومدعي الشفعة فيه وقال في الدروس وليحرر الدعوى بتعيين الشفيع وحدوده وقد رتب الثمن وحكى الشهيد عن املاء المصنف انه لا يرد بالتحديد التحديد المعروف بل يذكر ما يعينه

وان كان المنسوب اليه غائبا انتزعه الحاكم ودفعه الى الشفيع الى ان يحضر الغائب ويكون على حجة اذا قدم وان قال اشتريته للطفل وله عليه ولاية احتمال ثبوت الشفعة لانه يملك الشراء له فيملك اقراره فيه والعدم لثبوت الملك للطفل والشفعة ايجاب حق في مال الصغير باقرار وليه فان اعترف بعد اقراره بالملكية للغائب او للطفل بالشراء لم تثبت الشفعة (متن)

بالشفعة يبقى الثمن في يد الشفيع الى ان يدفعه المقر له او يدفع الى الحاكم الى ان يدفعه المقر الذي هو الحقم كما في الحواشي (قلت) ابقائه في يدا الشفيع اذا كان معينا لا وجه له اصلا لان له مالكا فلا بد ان يبقى في يدا الحاكم لانه وليه وكذا ان كان غير معين على الاشبه ولا معنى للفرقة ودفعه الغنم اذا ادعاه خلاف ما هو الاشهر في باب الاقرار وان خير بينه وبين القاضي المصنف في الاقرار . ر م في الايضاح وجامع المقاصد بدفعه الى الحاكم (قلت) لانه ولي الغائب والمتولي لحفظ المال الضائع والمجهول المالك وهذا في حكمها لكنه في اقرار الكتاب والتذكرة خير في مثله بين تركه في يد المقر او القاضي وهذا غير ما تقدم لنا فيما اذا ادعى انه باع نصيبه على اجني (قوله) * = * وان كان المنسوب اليه غائبا انتزعه الحاكم ودفعه الى الشفيع الى ان يحضر ويكون على حجة اذا قدم * = * كما في التذكرة والتحرير والدروس وجامع المقاصد (وقد وجهه) في التذكرة بان في التأخير اسقاط الشفعة اذ كل مشتري يلجئ الى دعوى الشراء للغائب وبان الغائب اما مصدق او مكذب وعلى التقديرين يستحق الشفيع الشفعة اما عليه او على الحاضر (وزاد) في جامع المقاصد ان الانتظار الى ان يرسل الغائب فيه تأخير لحمة المقتضي للضرر بخلاف الحاضر واحتمل في التحرير عدم الاخذ الى ان يحضر الغائب ومعنى كون الغائب على حجة انه لا يحكم عليه بالشفعة بحيث لا تسمع حجة بعد ذلك بل نقول اما ان يكون مصدقا فلا بحث او يقول هو ملكي لم اشتريه فالخصومة معه او يكذب فالحكم ما سبق (قوله) * = * وان قال اشتريته للطفل وله عليه ولاية احتمال ثبوت الشفعة لانه يملك الشراء له فيملك اقراره فيه * = * ثبوت الشفعة خيرة التذكرو الحواشي والدروس وجامع المقاصد . استد في التذكرة والتحرير الى التعليل المذكور وهو للشافعية ونسخه في الحواشي والدروس بالوكيل وقال فيها الاولى الاعتماد على صحة اخبار المسلم ولانه يفضل اقراره بدين على المولى عليه كما ندس عليه في قوله تعالى فليمل وليه بالعدل وقال في جامع المقاصد اوضح هذا التعليل لوجب ان يملك الاقرار بالشفعة بعد اقراره بكون الملك للطفل ويبقى التصريح بخلافه انشاء الله تعالى (قلت) لعل القرض من التعليل انه له التصرف في امواله بالاقرار والافعال وهو كسائر تصرفاته لانه ابواه وبنوه ابويه (وليعلم) ان الضبر في فيه في العبارة راجع الى الشراء كما هو ظاهر كلام الشافعية الذين هم الاصل في ذلك ويحتمل ان يرجع الى الملك المفهوم من المقام (قوله) * = * والعدم لثبوت الملك للطفل والشفعة ايجاب حق في مال الصغير باقرار وليه * = * قال في التحرير انه اقرب (وحاصل التعليل) انه اقرار على الصغير فلا ينفذ (ورده) في جامع المقاصد بانا لانسلم انه اقرار على الطفل بل هو اقرار على ما في يده فانه اقرار بالشراء وبكونه للطفل حين كان ظاهر حال يده يقتضي كونه مالكا فاما ان يسمع واحد من الامرين او يسبعا معا قال وما ذكره من الاحتمال هنا مع الجزم بالحكم في الغائب لا وجه له اصلا انتهى ولا تغفل عما في التحرير والوجه في الفرق ان الصبي لا يفرض فيه انه اما مصدق او مكذب فالمدار فيه على الولي ولا كذلك الغائب (قوله) * = * وان اعترف بعد اقراره بالملكية للغائب او للطفل بالشراء لم تثبت الشفعة * = * اي لو اعترف المدعى عليه بالشفعة بالشراء فهو في العبارة صلة اعترف بعد اقراره بكونه مملوكا للغائب او للطفل بان قال هذا ليس ملكا لي بل ملك لفلان الغائب او لمجوري فلان وقد اشترته له لم تثبت الشفعة

ولو ادعى الحاضر من الشريكين على من في يده حصة الغائب الشراء من الغائب فصدقه
احتمل ثبوت الشفعة لانه اقرار من ذي اليد وعدمه لانه اقرار على الغير فان قدم الغائب
وانكر البيع قدم قوله مع اليمين وانتزع الشقص وطالب بالاجرة من شاء منها ولا
يرجع احدهما على الآخر (متن)

لان اقراره بالشراء له بعد اقراره بذلك له تردي في حق الغير بخلاف ما اذا اقر بالشراء اقرارا لان
الملك ثبت فم بدت الاقرار فيثبت جميعه كما ذكر ذلك في التذكرة وجميع المقاصد وهو الذي هو
المسئلة فيه في الدروس لانه فرضه ايضا دالة اشتريته لمطعن (وقيل لا يقول) لا فرق بين ما مر
مانسبة الى ولي الطفل وفرض مسئلة رجوع هذه المسئلة في التحريم في دالة اشتريته نسبي وهو الذي هو
الشهد في حواشيه من عبارة المستصحب قل لانه نفى ملكه وقرره ولا فلا يعود اليه بغيره ولا
ان يقيم الشفيع بينه وبين شرائه سابق فتقبل وادى المدعي البينة لم تقبل لان المدعي ادعى ومعه
مقبولة انتهى فتأمل (قوله) * وارادى الحاضر من الشريكين على من في يده حصة الغائب
الشراء من الغائب فصدقه احتمل ثبوت الشفعة لانه اقرار من ذي اليد وبعدمه لانه اقرار على الغير
قد ذكر الاحتمالان في التذكرة والدروس من دون ترجيح وفي التحريم الاول هو الذي ذكره وضمنه
في جامع المقاصد بان اقرار ذي اليد مسموح حيث لا يكون اقرارا في حق الغير وذلك دال عليه كون
الملك للغير اما اذا علم فهو اقرار على الغير لا حصة وقال كونه يشكل اشبه وهو ان من يده حصة الغائب
مصدق في دعوى الوكالة بغير خلاف ويحوز الشراء منه والتصرف تعويلا على قوته وكذا لو ادعى
الشراء من الملك يسمع ثم قال والذي يظهر بطلان انه ان كان المراد ثبوت الشفعة انتزع الشراء منه
الشقص وتسليمه الى المدعي كما هو المتبدر من الدعوى فهو مشكل والمظاهر عدم لان مجرد دعوى
الشراء من يده مأل لا يقتضي الثبوت شراء فليس المراد بجواز الشراء منه وارادى الوكالة الحكم
بالوكالة وان كان المراد جواز اخذ المدعي ذلك بدعوى من يده حصة الغائب الشراء فليس بغيره
الشراء منه والاتهاب ونحوها من التصرفات ثم يكون الغائب على حجة (قوله) * وانكر البيع
وانكر البيع قدم قوله مع اليمين وانتزع الشقص وطالب بالاجرة من شاء منها ولا يرجع احدهما على
الآخر * - كما ذكر ذلك كله في التذكرة والدروس اما التخيير فظاهر كتقدم قوله بيمينه واما
انه لا يرجع احدهما على الآخر فلان مدعي الشراء يعترف بان المنافع حق الاخذ بالشفعة وان المطالبة ظلم
ان الاخذ بالشفعة بسبب دعواه عليه الشراء والشفعة قد صدقه في كون الغائب ظالما بالمطالبة بعرض
المنافع (والعاصل) ان الرجوع عليه منها يعترف بظلم الرجوع نعم لو عزم مدعي الشراء الاخذ من اول الامر
بدعواه الشراء ولم يصدر منه ما يقتضي تصديقه كان له الرجوع على اصح القوانين من ان الرجوع يرجع
بما اغترمه مما حصل له في مقابلة نعم وهذا فيما فات من المنافع في يد الاخذ بالشفعة اما ما فات منها في
يد مدعي الشراء فانما يطالب به هو لا الاخذ بالشفعة (وليعلم) انه في الدروس بعد ان ذكر مثال
ما في الكتاب يقال وكذا لو باع ذواليد مديا للوكالة وصدقه الشفيع لكن هنا لا يرجع
الشفيع على الوكيل لو رجع عليه بخلاف ما لو رجع على الوكيل والفرق استقرار التلف في يد الشفيع
ولو اخذ الشفيع امتدادا على دعوى الوكيل رجع عليه لانه عزمه انتهى (وفيه نظر) فظاهر لان مدعي الوكالة
يعترف بان المنافع حق الاخذ بالشفعة وان مطالبته بها ظلم فكيف يرجع الوكيل عليه لو رجع عليه
والظلم انما يطالب ظالما فكانت كسنتنا التي نحن فيها وقد جزم فيها كما عرفت بعدم رجوع احدهما
على الآخر ولينفتح نيل التلف لان الرجوع عليه منها يعترف بظلم الرجوع ومثل ما في الدروس ما في

ولو انكر المشتري ملكية الشفيع افتقر الى البينة وفي القضاء له باليد اشكال فلو قضي له بالنصف الذي ادعاه في يده مع مدعي الكل باليمين لم يكن له الشفعة لو باع مدعي الكل الا بالبينة ان لم نقض باليد ولو ادعى كل منهما (من الشريكين خ ل) السبق في الشراء سمع من المدعي اولاً فان لم تكن بينة حلفنا المنكر فان نكل حلفنا المدعي وقضي له ولم تسمع دعوى الآخر لان خصمه قد استحق ملكه (متن)

المبسوط والتحرير من ان الوكيل يرجع على الشفيع والذي استقر عليه رأيه بعد ذلك في المبسوط واختاره في الشرائع ان الشفيع يرجع على الوكيل لانه غره وان الوكيل لا يرجع على الشفيع واليه اشار بقوله في الدروس ولو اخذ الشفيع اعتاداً على دعوى الوكيل رجوع عليه لانه غره انتهى لانه لا بد من ان يكون مرادها انه غره ولم يصدر منه ما يقتضي تصديقه (قوله) * ولو انكر المشتري ملكية الشفيع افتقر الى البينة * اي افتقر مدعي الشفعة الى البينة على دعواه ان لم يكن صاحب يد قطعاً كما في جامع المقاصد (قوله) * وفي القضاء له باليد اشكال * يريد انه هل يقضى للشفيع باليد لو كان صاحب يد ام لا ولم يرجح المصنف هنا ولا ولده في الايضاح ونجزم في التحرير بأنه لا يكتفى باليد وانه يفترق الى البينة وجزم في التذكرة بأنه يقضى له بها وفي الدروس انه الاولى وفي جامع المقاصد انه الاصح وحكاها في الحواشي عن ابن المتوج (ومنشأ الاشكال وعدم الترجيح من انه دلالتها اي اليد على المال فبينة لان دلالتها بحسب الظاهر فتفيد انه لا يرتفع الملك منه بمجرد الدعوى وانه لا يحتاج الى البينة واما انه يستحق انتزاع ملك الغير الذي هو على خلاف الاصل فيتوقف على قاطع لان لها هنا ما عارضها وهو حق المشتري وهو حجة التحرير ومن انها دالة على الملك شرعاً وهو سبب ثبوت الشفعة وما يثبت به الشارع دليلاً على الملك يقتضي ثبوته فيتزنب عليه جميع توابع الملك ومن جعلها الشفعة وكونها اثباتاً على الملك ظاهراً في قاذح لان الاحكام ائتمت كلها جارية على الظاهر وهكذا اخل في البينة وبرهان اسباب الملك وحق المشتري به وما عارضها من خلافه قال في جامع المقاصد نعم اما اذا بانى والاجزاء وهذا حجة التذكرة وما وافقها وهو ان خلافه قال في جامع المقاصد نعم اما اذا ادعى المشتري ان ما بينه وبين مدعيه فظاهر واما اذا لم يدع الملك لنفسه واثم اقتصر على نفيه عن الشفيع فلا حرمانه بحجج المدعي (قوله) * فلو قضي له بالنصف الذي ادعاه في يده مع مدعي الكل باليمين لم يكن له الشفعة لو باع مدعي الكل الا بالبينة ان لم نقض باليد * = الصارفة لا يخلو عن حرازة وما عارضها صرح به في التذكرة انه لو ادعى احد المتدينين الجميع والاخر النصف وقضي له بالنصف باليمين وقضي له باليد اشكال بالنصف لعدم المزاخة فيه ثم باع مدعي الكل نصفه لم يكن لمدعي النصف شفعة الا مع التذكرة بالنصف جازاً متعلقة بالشفعة السابقة فيكون المشتري الذي انكر ملكية الشفيع في الاولى ادعى ان الصارفة له والشفيع صاحب اليد ادعى ان النصف له فقال لو قضي له الخ وانت قد عرفت ان اليد تقتضي بالملك والشفعة (قوله) * ولو ادعى كل منهما السبق في الشراء سمع من المدعي اولاً فان لم يكن بينة حلفنا المنكر فان نكل حلفنا المدعي وقضي له ولم تسمع دعوى الآخر لان خصمه قد استحق ملكه * كما صرح بذلك كله في المبسوط والمهذب والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد قال في المبسوط فان قال كل واحد منهما ملكي سابق وانت ملكيت بعد في الشفعة فلا يخلو من ثلاثة احوال اما ان لا يكون هناك بينة او يكون مع احدهما بينة او مع كل واحد منهما بينة فان لم يكن مع واحد منهما بينة فكل واحد منهما مدع ومدعى عليه فاذا سبق احدهما بالدعوى على صاحبه قلنا له اجب عن الدعوى فان اجاب فقال لا يستحق علي الشفعة فاقول قوله مع يمينه فان نكل

ولو اختلف المتبايعان في الثمن واوجبنا التحالف - هذه الشفيع بما حلف عليه - بائع لا بما حلف المشتري لان للبائع فسخ البيع فاذا اخذه بما قاله المشتري منع منه فان رضي المشتري باخذه بما قال البائع جاز وملك الشفيع اخذه بما قال المشتري فان عاد المشتري وصدق البائع وقال كنت غالطا فهل للشفيع اخذه بما حلف عليه الاقرب ذلك (من)

الذي حرره في باب القضاء في التحالف هو ما حرره اولاً من ان الحاكم يبدأ بأخذه على حسب ما يقتضيه الحال من سبق وغيره إلى آخر ما ذكره لكننا لم نفرق بين البيع وغيره سواء انحلت إلى دعويين كما ادعاه هنا ام لا لكن ظاهر كلام الاكثر انه لا يحتاج إلى ذلك أي إلى ان الحلف يسمع من أحدهما حتى تنتهي دعواه ثم يسمع من الآخر على التفصيل المذكور وهو قضية كلام المصنف في التحرير وغيره حيث تعرضوا للبدنة باليمين فيما اذا تنازعا عينا في يدهما قال في التحرير ان احيدة الماضي فيبدو بن يراه او من تخرجه القرعة وجزم في جمع البرهان بانه لا بد من ابي القرعة للاحتياط (وايدي) ينظر في البال الآن هو ما أشار إليه في المذهب من انهما اذا بدرا ما بالدعوى تحالفا وان سبق أحدهما جاء ما في المبسوط (او نقول) انه اذا بدر أحدهما وقدمه القاضي فقال ملكي اسبق او بعث بالجزائية متلا او العين كلمها لي فقال للآخر أجب عن الدعوى فقال ملكي هو الاسبق واشترت بالبعد او العين صلبها لي تحالفا واخيرة في البدنة للقاضي كما في التحرير وان قال لا يستحق علي الشفعة او لا يستحق علي الجزائية او لا يستحق علي النصف الذي في يدي حلف المنكر ثم سمع دعواه وحلف المدعي اولاً بل في كلام الشيخ اشارة إلى ذلك حيث قال فان اجاب فقال لا يستحق علي الشفعة اذ قضيته انه له ان يجب بان ملكي اسبق فليحفظ ذلك وتظهر الفائدة في البدنة باليمين في تعددها على المتدي على تقدير نكول الآخر (قوله) - ولو اختلف المتبايعان في الثمن واوجبنا التحالف اخذه بما حلف عليه البائع لان للبائع فسخ البيع فاذا اخذه بما قاله المشتري منع منه * - أي منع الاخذ بما قاله المشتري من فسخ البائع لانه لا يكون حينئذ ليمين البائع وفسخه فائدة وان قرء بجهولا صار المعنى منع البائع من الفسخ وقد تقدم الكلام في المسئلة مسبغا مشبعا (قوله) * - فان رضي المشتري بأخذه بما قاله البائع جاز وملك الشفيع اخذه بما قال المشتري * - أي رضي المشتري بازياة التي ادعاها البائع فوق ما ادعاه المشتري جاز ذلك وان تحالفا كما في الحواشي قال لان المشتري قد رضي بما قاله البائع وبأخذه الشفيع بما ادعاه المشتري لا بما رضي به انتهى (وهو) ملكي عن كثر القوائد وحاصله انه لا يمنع منه كما منع في صورة ما اذا لم يرض اذ الفائدة في عين البائع وفسخه موجودة (ويقت) الكلام في الأخذ منه وقضية كلاميهما انه المشتري وان انفسخ البيع بالتحالف او فسخه البائع لمكان رضاه بازياة وان لم يرجع عن قوله ولا يحتاج إلى عقد جديد بالنسبة إلى الشفيع لان المشتري يملك الأخذ من البائع اذا شاء تسلم المبيع إلى الشفيع ويكون الدرك عليه واما ان الأخذ بما ادعاه لا بما رضي به فلمواخذته بقوله الذي لم يرجع عنه واعتراه بأن البائع ظالم (والحاصل) انه لا منافاة بين التحالف والاخذ من يد المشتري بما قال (وتزل) في الايضاح رضي المشتري في العبارة على انه كان قبل تمام الحلف ومعه انه رضي بعد حلفه وقبل حلف البائع وذلك لانه بعده ينسخ او ينسخ فلا بد من عقد آخر فان لم يكن كان الأخذ من البائع وبما قاله (قلت) على ما سلف لنا من ان الأخذ يتقدر بقدر الحاجة لا مانع حينئذ من ان يكون الأخذ من البائع وبما قال المشتري فيدفعه اليه وهو يرضه ويدفعه إلى البائع (قوله) * - فان عاد المشتري وصدق البائع وقال كنت غالطا فهل للشفيع اخذه بما حلف عليه الاقرب ذلك * - كما في الايضاح والحواشي وجامع المقاصد لقولهم «عليهم السلام» اقرروا العقلا على انفسهم جاز وقوله أي للمشتري الثاني اقرار في

ولو ادعى على احد وارثي الشفعة المنوف شهد له الاخر لم تقبل فان عني واعاد الشهادة لم تقبل لانها ردت للثمة ولو شهد ابتداء بعد المنوق قبلت ولو ادعى عليها المنوف فحلها ثمت الشفعة ولو نكل احدهما فان صدق الحالف الناكل في عدم المنوف فالشفعة لها وباخذ الناكل بالتصديق لا يمين غيره (متن)

حق الميراثي الشفعة فلا يسمع بل قال في الاول انه لا يحتمل عنده غيره لانه فرض عود المشتري وتصديقه ان يبيع له حيا لم يسمع بل قال فيحكم عليه بامتناعه بصفة البيع فلا يبيع اخذه حينئذ ما حلت عليه المشتري يبرأ منه ووجهه ان الميراث اقرب فيؤخذ به قل ثبوت ثبوته ما قراره ودمواه التلط امر ممكن وانه لا يدخل عليه منه ان الشفعة ونقص الثمن مع امكان صدقه والاصل ان لا ينتقل ملك الشخص عنه الا بقوله وفي كثر النوازل على ما حكى والحاشي ان في قول المصنف ما حلت عليه مساهلة لانه يختلف على نفي ادعاء الشفعة لا على بدعيه هو (واح) في الايضاح عن ذلك ان عنوان الموضوع ليس بشرط في حكمه لانه يستلزم كل نفع مستيقظ في حصة (وقل) الشرحان على قول ابن ادريس بانفس الشفعة مع الاحكام والاشياء يرجح احدهما قوله غير لان قوله الثاني سد ثبوت الشفعة وثبوت الفرع يتأني نفي الاصل (وقال) في جامع المقاصد انه يمكن ان يقال انه وان كان سدا الا انه لا يعين الاخذ باليمين الذي رجح اليه لعدم سماعه بامتناعه اقراره (واحت) المصنف قوله كنت عاطفا عما لو اكدب نفسه فانه لا يسمع احدا وهذه المسألة مسقط على المعروف من الاصحاب من عدم القول بالتحالف (وقال) في الايضاح وغير المذكور ان المشتري والشفيع لان الشفعة مدعى عليه لا عبر والمشتري مدعى عليه لا عبر فخص بالتعليق ولان الزم والمشتري شران العقد والاحتال في قوله على السواء والشفيع اجني فتصديق الاشهر اولى والرجح على كل من الشفعة والمشتري الى ما ولو ثبت ان الشفعة والمشتري له يرجع الشفعة الى شيء فلا يثبت في نفسه ولو ثبت بعد قضاء الثمن واحدا لشفيع قد تخلفا فالتفت العين في يد الشفيع ويرجع على المشتري اتبعت به الشفعة مع قوله (قوله) ولو ادعى على احد وارثي الشفعة العنوة لاخر لم تقبل كما ذكر في التحرير وجامع المقاصد وهو قضية كلام المبسوط والتذكرة والدروس في مسألة البصيرة لان ذلك غير اليه فانه يستحق الاخذ لمجيب اذا ثبت ذلك فيصير ميراثا وبني في البصيرة اذا لم يكن احد مدعي الشفعة حاد والصفة في ادعى راجع الى المشتري (قوله) - - - ونفى ما زاد الشفعة له قل كما في الحديث والدروس وجامع المقاصد وهو قضية كلام المبسوط والتذكرة لان ردت للثمة فاستصحب فكان كما سبق ادريت شهادته ثم تاب وماذا (قوله) - - - ولو شهد ابتداء بعد المنوق قلت كما في التحرير وجامع المقاصد لعدم المانع لانه حينئذ كالاجنبي (قوله) - - - وادعى عليه العنوة فحلت الشفعة كما في المبسوط والتذكرة والتحرير وجامع المقاصد ووجه واضح (قوله) - - - ولو نكل احدهما فان صدق الحالف الناكل فالشفعة لها كما في المبسوط والتذكرة والتحرير والدروس (اما) الحالف فقد استعظم ايمينه (واما) الناكل فانه اذا صدقه الحالف على عدم العنوة كان اقرارا باستحقاقه بعض ما ثبت فيكون قد اخذ ما قرار الحالف لا يمين الحالف فلا مخالفة فيه لانه عدة التثنية نفيه لا يستحق احد يمين غيره ولا يخلف احد لا ثبات حتى غيره ولا يرد الناكل ولا الحاكم البين على المشتري لانه لا يستفيد بيمينه شيئا لانه اذا حلف اي للمشتري استحق الآخر بيمينه الشفعة كلها ولم ينتفع باليمين كما بين ذلك في المبسوط والتذكرة والدروس فلي هذا يقطع حقه هنا عن المشتري بعد دحضه نعم ان عني الحالف بعد يمينه كان للمشتري ان يخلف الآن لانه يقطع الشفعة عنه كما نبه عليه في التذكرة (قوله) - - - وباخذ الناكل

ودركه على المشتري وان كذبه احلف الناكل له ولا يكون النكول مسقطا لان ترك
اليمين عذر على اشكال فان نكل، قضي للحالف بالجميع وان شهد اجني بعفو
احدهما فان حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة والاخذ الآخر بالجميع ولو شهد البائع
بعفو الشفيع بعد قبض الثمن قبلت (متن)

بالتصديق لا يمين غيره * - كما في التذكرة (الدروس غل) وجامع المقاصد وهذا جواب عن سؤال
مقدر تقدم بيانه (قوله) * - ودركه على المشتري * - كما في التذكرة وجامع المقاصد اي درك
ما يأخذه الناكل على المشتري لترتب يده على يد المشتري وان كان سبيه انتزاع الشريك الآخر اذ لا
نافاة بين انتزاع الاستحقاق عن المشتري بالنكول وثبوت الدرك بسبب ترتيب يده على يده فاحتمال
العدم لذلك ضعيف (قوله) * - وان كذبه احلف الناكل له * - اي ان كذب الحالف الناكل
في كونه لم يعف احلف الناكل لهذا الحالف على عدم العفو ليستحق الشفعة لان دعواه استحقاق الاخذ
منه غير دعواه استحقاق الاخذ من المشتري وبه حرج في الدروس وجامع المقاصد وهو نافية
كلام المبسوط (قوله) * - ولا يكون النكول مسقطا لان ترك اليمين عذر على اشكال * -
ينشأ من جوازها على الصدق وكبرها للخطر كما في الايضاح ونحو ما في الحواشي من التزغيب في
تركها ومن انه قادر على الاخذ بها لانها جائزة قال ونشأ الاشكال هل العذر ما لا يمكن معه الفعل
بحيث ترتفع القدرة او ما هو الاصلح تركه لوجود ما يتوقع معه الضرر (قلت) كلاهما عذر بل قالوا انه
لا يجب مخالفة العادة في الشيء وان عيادة المريض وقضاء حوائج الموتى من عذر فما ظنك بالحلف الذي
ورد المدح والتزغيب في تركه والتزهيب والمذاوم على فعله فلا يكون تركه الى حين احتضار البينة
الحاضرة في البلد الى مجلس الحاكم يعد تراخيا وبه. زم في الدروس وهو قضية كلام المبسوط او
صريحه وفي جامع المقاصد ان فيه قوة ولا ترجيح في التذكرة والايضاح (قوله) * - فان نكل قضي
للحالف بالجميع * - على القول بالتمضاء بالنكول وعلى القول الآخر لا بد من رد اليمين عليه فيحلف
انه عني وبه صرحنا في المبسوط والتذكرة وجامع المقاصد وان نكل قبل في المبسوط صرفا ولم
يكن لها حكم عندنا وفيه تأمل لان اليمين اذا عرضت على المدعي فنكل سقطت دعواه (قوله)
* - وان شهد اجني بعفو أحدهما فان حلف بعد عفو الآخر بطلت الشفعة والاخذ الآخر بالجميع * -
كما في المبسوط على الظاهر منه لان ما حضرني من نسخه لا يخلو من غلط والتذكرة والتحرير وجامع
المقاصد (ومعناه) انه ان شهد اجني عن الشفعة بعفو أحدهما فلا بد مع شهادته من اليمين فان حلف
المشتري مع شاهده بعد عفو الآخر بطلت الشفعة كلها لمكان عفو أحدهما وثبوت عفو الآخر بالشاهد
واليمين وان لم يعف حتى حلف المشتري استحق الذي لم يعف جميع الشفعة وهو قضية مفهوم الشرط في
العبارة ونحوها وقال في جامع المقاصد ولقائل أن يقول لا فائدة في عين المشتري هذه فلا يحلف لان
الاستحقاق يرجع الى الآخر وأن لم يكن مانعا لم يمنع هناك وفي حواشي شيخنا الشهيد تكون فائدة
عينه مع الشاهد رفع درك الشهود عليه قلت يجيئ مثله في صورة النكول بغير فرق انتهى (قلت)
ولا فرق أيضا بينهما بعد عفو الآخر لانا ان قلنا باعائها أو بعدمها حينئذ قلنا بها في صورتين والظاهر
انه لا اعادة فيها هذا وقال الشهيد في حواشيه هذه الفروع مبنية على ان نصيب العافي نسيجه
في الشفعة وقال في التذكرة انه للمشتري قال فعلى هذا تسقط هذه الاحكام (قلت) المعروف الاول كما
تقدم في فروع القول بثبوت الشفعة مع الكثرة (قوله) * - ولو شهد البائع بعفو الشفيع بعد قبض
الثمن قبلت * - كما في التذكرة والتحرير لانتفاء التهمة وفي الدروس واحد وجهي الشافية أنها

ولو قال احد الوارثين للمشتري شرانك باطل وقال الاخر صحيح فالشفعة باجمعه المنة و
بالصفة وكذا لو قال انما اتهمته او ورثته وقال الاخر اشتريته ونوادعى المشانة .
الشن الممن لم ينفذ في حق الشفيع بل في حقها ولا يمين عليه الا ان يدعى عليه العلم
ولو اقر الشفيع والمشتري خاصة لم تثبت الشفعة وعلى المشتري رد قيمة الشن على صاحبه
ويبقى الشقص معه يزعم انه للبائع ويدعي وجوب رد الشن والبائع يسكرهما فيشتري
الشنص منه اختصارا ويثبتا . ان فالشفيع في الثاني الشفعة
(متن)

لا تقبل لانه ربما توقع العود الى المين لسبب ما (وقال) في جامع المقاصد انه لا يخلو عن قوة ولا ترجيح
فيه ولا في الحاشي ولو كانت قل قص الشن لم تقبل كما في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد بل في
الاخير انها لا تقبل قط لانه يجر الى عسره نعا اذا اعلس المشتري فانه يرجع الى المبيع على تقدير عدم
اخذ الشفيع اياه ولا يحني ان نحو هذا محتمل على التقدير الاول (وقد) تقدم مثله فيما اذا ادعى على شريكه
الاستيعا وحررنا القول في ذلك وقلت ان هناك ضابط يرجع اليه ملجئ اليه (قوله) * ولو قال
احد الوارثين للمشتري شرانك باطل وقال الاخر صحيح فالشفعة باجمعه المنة بالصفة وكذا لو قال
انما اتهمته او ورثته وقال الاخر اشتريته * - كمن نص على الامرين في المسوط ونيزه قائلوا لانه
اعترف في الموضع انه لا شفعة له (قوله) * - ولو ادعى المشانان عصبية الشن المين لم ينفذ في
حق الشفيع بل في حقها ولا يمين عليه الا ان يدعى عليه العلم * - اما عدم نفوذه في حق الشفيع
فقد سرحه في للسوط والتحرير والشرائع والتذكرة وجامع المقاصد والمالك (واما) انه ينفذ في حقها لانه لا يمين
عليه الا ان يدعى عليه العلم فقد سرحه في ابعاد الاولين (اما الاول) فلا تنافي الثلاثة على وقوع البيع وذلك يقتضي
للشفعة لانه محمول على الصحيح ودعوى الشنمين فده لا تقبل في حق الشفيع استصحابا لما ثبت له من الحق * - م
فيأخذ الشفيع من المشتري ويكون الدرك عليه (واما) انه ينفذ في حقها فواضح ويجب دفعه * - م
المين الى المقر له ولا يصح ان يكون الاخذ بالشفعة للمشتري (واما) انه لا يمين عليه الا اذا ادعى
عليه العلم فيعلم على نفيه لانه حلف على نفي مال السيد ولم يتعرض لحكم الشن الذي يعترف به
الشفيع والواجب ان رده المشتري ويدفعه الى البائع ليأخذه معاوضة عن قيمة الشقص لرغم انه غير
مستحق لاخذه فان بقي من الشن نقيه عن القيمة فهو مال لا يدرسه احد فدهه الى الحاكم (قوله)
* - ولو اقر الشفيع والمشتري خاصة لم تثبت الشفعة وعلى المشتري رد قيمة الشن على صاحبه ويبقى
الشقص معه يزعم انه للبائع ويدعي وجوب رد الشن والبائع يسكرهما فيشتري الشقص منه احتيازا
ويتبارا فالشفيع في الثاني الشفعة * - كما صرح بذلك كله في التذكرة والتحرير وجامع المقاصد
(اما) عدم ثبوت الشفعة فلا عرافه بنسب البيع (واما) انه يجب على المشتري رد قيمة الشن فلا عرافه به * - م
(وقد) سبق تعلق حق البائع به ولا يقبل اقراره فيه فلا يمكن رد مينة فيضمن قيمته ان كان * - م
ومثله ان كان مثليا (واما) وجه زعمه بان الشقص للبائع فظاهر (واما) انه يدعي على البائع وحده رد
الشن اليه فلانه قد دفع الى المالك عوضه فملكه او لانه يريد ان يرده الى مالكه ليسترد ماله لانه
دفعه للحيلولة وقد اشار بقوله فيشتري الشقص منه الى آخره الى طريق التخلص (وكيفية البيع) ان يقول
ان كان هذا ملكي قد بتمت لك سكدا ولا يضر التطبيق لانه هنا من مقومات العقد لانه ممتد في نفس
الامر اذ لا يمكن صحة البيع بدونه وذلك لان المشتري يعتقد انه ليس ملكه والبائع يخشى لولا هذه
الكيفية ان يلزم بما تضمنه لفظ البيع من الاقرار بالملك المتضمن لنسب العقد الاول فاذا وقع العقد كذلك
ابراكل منها فمة لاخر ماله منه (وقال) في جامع المقاصد وينبغي ان يقع الشقص اذا حصلت

ولو اقر الشفيع والبايع خاصة رد البائع الثمن على المالك وليس له مطالبة المشتري ولا شفعة لو ادعى ملكا على اثنين فصدقه احدهما فباع حصته على المصدق فان كان المكذب نفى الملك عنه فلا شفعة وان نفى دعواه عن نفسه فله الشفعة (متن)

شرائطه ولا يضر كون احد العرضين للنصوب منه باقرار المشتري لتعذر الوصول اليه واما ان للشفيع في البيع الثاني الشفعة فلاستجماعه الشرائط (قوله) * = * ولو اقر الشفيع والبايع خاصة رد البائع الثمن على المالك وليس له مطالبة المشتري ولا شفعة * = * كما صرح بذلك في التذكرة والتعريف وجامع المقاصد (اما) رد الثمن على المالك فلنفوذ اقراره فيه (واما) انه ليس له مطالبة المشتري بالخاص فلان اقراره لا ينفذ عايه (واما) انه لاشفعة للشفيع فلاعترافه بنسب الباع ولو اقر الشفيع خاصة بطلت شفعته ولا تنفذ في حق المتعاقدين (قوله) * = * ولو ادعى ملكا على اثنين فصدقه احدهما فباع حصته على المصدق فان كان المكذب نفى الملك عنه فلا شفعة وان نفى دعواه عن نفسه فله شفعة * = * كما في التذكرة وجامع المقاصد والوجه في الحكمين ظاهر (اما الاول) فلانه اذا نفى الملك عنه فقد نفى البيع فلا شفعة (واما الثاني) فاجصول المتعاضى لثبوتها

والحمد لله كما هو اهله والشكر لله والشكر طوله وصلى الله على خير خلقه اجمعين محمد وآله الطاهرين المعصومين ملا الميزان ومنتقى العلم ومبلغ الرضا وزنة العرش وسعة الكرسي وقد تم كتاب الشفعة بلطف الله عز وجل وبركة آل الله صلى الله عليهم ليلة الخميس الثامنة والعشرين من شهر ربيع الثاني سنة ١٢٢٣ ويتلوه بلطف الله وبركة آل الله صلى الله عليهم في المجلد الذي بعده (المقصد الثالث) في احياء الموات ولا قوة الا بالله العظيم

وفي هذه السنة جاء الخارجي الذي اسمه سمود في جمادى الآخرة من نجد بما يقرب من عشرين الف مقاتل او ازيد فجاتنا النذر بانهم يريد ان يدهمنا في النجف الاشرف غفلة فتحذرنا منه وخرجنا جميعا الى سور البلد فاتنا ليلا فرانا على حذر قد احطنا بالسور بالبندق والاطواب فمضى الى الحلقة فرأهم كذلك ثم مضى الى مشهد الحسين عليه السلام على حين غفلة نهارا فعادهم حصارا شديدا فقتلوا له خلف السور وقتل منهم وقتلوا منه ورجع خائبا ثم عاث في العراق فقتل من قتل وبقينا مدة تركين البحث والنظر على خوف منه ووجل ولا حول ولا قوة الا بالله الذي العظيم وقد استولى على مكة شرفها الله تعالى والمدينة المنورة وقد تعطل الحاج ثلاث سنين وما ندري ما ذا يكون ولا حول ولا قوة الا بالله (نقل من خط المصنف قدس سره)

وقد تم بحمدته تعالى طبع مجلد الامانات الذي هو (المجلد السادس) من كتاب (مفتاح الكرامة في شرح قواعد العلامة) للعلامة الفقيه المتبحر السيد محمد جواد العاملي المجاور بالنجف الاشرف العروى على مشرفه السلام حيا وميتا قدس الله روحهما وكان الفراغ من طبعه في اواخر شهر محرم الحرام سنة ١٣٣٣ هجرية (بالمطبعة الوطنية العلوية) للكاتبة بدمشق المحمية

ويليه المجلد السابع الذي طبع سابقا مع المجلد الثامن والمجلدات الخمسة الاولى بحضر القاهرة اوله (المقصد الثالث) في احياء الموات

وسنباشر قريبا بنشره تعالى في طبع المجلد التاسع والعاشر ومنه تعالى نستمد التوفيق للأكمال وقد صحح هذا المجلد بتمام الدقة وكمال الضبط وقوبن على عدة نسخ مرات عديدة الا ما زاغ عنه البصر وخرج عن قدرة البشر وذلك ببساطة العبد الفقير الى غفر ربه الغني (محسن الحسيني العاملي) نزيل دمشق غفر الله ذنوبه وستر عيوبه فاصبح هذا المجلد ممتازا في صحته عن المجلدات السبعة المطبوعة سابقا بحضر التي لم نحضر على تصحيحها وانما صححناها قبل الطبع وبطءه ووضعنا لها الفهرست

وجداول الخطأ والصواب لما هذا للمجلد فاصبح غنيا عن جدول الخطأ والصواب سوى ان تسمع كرايس (ملازم) منه طبعت في وقت غيابنا عن دمشق وهي من ابتداء كراس ٤٤ الى نهاية كراس ٥٢ فوقع فيها اغلاط يسيرة ونقص شي من متنها للموضوع في اعلا الصحائف لان الطابعين اشتباها منهم نقلوا متنها من اصل الكتاب لا من القواعد وقد تداركنا ذلك في جدول الخطأ والصواب . ووضعنا له فهرستا حامعا يتدى به الى اي مسئلة تطلب باسرع من لمح البصر فاصبح هذا المجلد قليل النظير في صحته وجودة طبعه وحسن وضعه

والسؤل من كرمه تعالى ان يعرضنا على عنائنا في تصحيحه وطبعه واحيائه وتسهيل الانتفاع

به الثواب العظيم يوم لا ينفع مال ولا بنون الا من اتى الله بقلب سليم

والملتبس بمن نظرفيه ان يذكركني ووالدي بصالح

الدعاء والحمد لله وصلى الله على

محمد وآله وسلم آتاليا

كثيرا



(جدول الخطأ والصواب للمجلد السادس من كتاب مفتاح الكرامة وهو مجلد الامانات)

صحيفة	سطر	خطأ	صواب	صحيفة	سطر	خطأ	صواب
١١٦	١٥	من لان بعض	من التيق لان بعض	٣٥٠	٤	الصفحة متتية	الصفحة على المشتري
		المخالفين				او اخذ النصف	متتية هنا
١٨٩	٣	الاجرة	الاجارة			او اخذ النصف كان وجها فان امتنع الحاضر او	
٢٨٥	٢	وارتد	او ارتد			لما لم تبطل الشفعة وكان للغائبين اخذ الجميع وكذا	
٣١١	١٢	وضع الهلال	والصواب وضعه لو			عفا ثلاثة او امتنوا فللرابع اخذ الجميع ان شاء	
		هنا بعد كلمة بالتق	بعد كلمة تعالى	٣٥٠	٣٥٥	الاخر قاسم	الاخر
٣٤٥	٢	ولو	(الرابع) لو	٣٥٠	٣٣	ولو	او
٣٤٥	٩	معروفات	معرفات	٣٥٠	٣٦	كما	كها
٣٤٥	٢٨	ولو	لو	٣٥١	١	رجع	رجع الى المشتري
٣٤٥	٣٣	واحد	واحدا	٣٥١	٤	المشتري	المشتري
٣٤٧	٣	عفي	عفا	٣٥١	١٢	لانشاء	لانشاء
٣٤٧	٢١	فينبغي	فينبغي	٣٥١	١٦	منعصر	منعصر
٣٤٨	٢	ولو	(الخامس) لو	٣٥١	١٩	او اخذ	اخذ
٣٤٨	٢٣	وها	ها	٣٥٢	١	لو	(السابع) لو
٣٤٨	٢٧	ولو	لو	٣٥٢	٣	ويقتضاه	ويقتضاه خ ل
٣٤٩	٣٢ و ٦	سدس	السدس	٣٥٢	٤	التسعة	تسعة خ ل
٣٤٩	١٤	هل يستحق	يستحق ظ	٣٥٢	١ و ٢٣	الباقين	الباقين
٣٤٩	١٥	ترك وضع الهلال	هنا بعد لفظة عن مسهو	٣٥٢	٢٣ و ٥	ثلاثا	ثلاثا
٣٤٩	٢٧	الربع	الرابع	٣٥٢	٣١	ثلاثة	ثلاثة
٣٥٠		اقتصر من اثني عشر لو	(السادس) لو	٣٥٣	١	لو	(الثامن) لو

(جدول الخطا والصواب للمجلد السادس من كتاب مفتاح الكرامة وهو مجلد الامانات)

صحيفة	سطر	خطا	صواب	صحيفة	سطر	خطا	صواب
٣٥٣	١	الصفقة الصفقة على المشتري	٣٦٦	١١	خطا	صواب	
٣٥٣	١٧	قبل قبل قبض	٣٦٦	١٣	اغضينا	اغضينا	جبر
٣٥٣	٢٤	ان لم انه لم	٣٦٧	٢٩	كان	كان	ان كان
٣٥٣	٢٧	التريب التريب	٣٦٩	٢٦	المشور	المشور	المشور
٣٥٤	١	وتركة (واوخل) تركه خاصة	٣٧٠	٢٣ و ٥	وانه	وانه	اوانه
٣٥٤	٨	ماخترناه ماخترناه	٣٧١	٢	بعضه	بعضه	بعضه
٣٥٤	٢٦	نظر نظرا	٣٧٢	١٣	واخذه	واخذه	واخذه
٣٥٥	١٣	رضي رضا	٣٧٤	٦	الفسوخ	الفسوخ	الفسوخ
٣٥٥	١٨	رضى رضا	٣٧٤	١٣	اناة	اناة	انات
٣٥٥	٣٥	جبر القهرة جبراً قهره	٣٧٤	٢٩	ونحوها	ونحوها	ونحوها
٣٥٦	٥	بن اين	٣٧٥	٣٢ و ٢	البيع	البيع	البيع به
٣٥٦	١٧	الملك الملك	٣٧٥	٣٤	بينة	بينة	بينة
٣٥٦	٣٢	تجديده تجديده	٣٧٦	٣	عليه	عليه	عليه البائع لاجبا
٣٥٧	٦	بالشمن بالشمن			حلف عليه المشتري	حلف عليه المشتري	
٣٥٧	١٠	المقنعة والمقنعة	٣٧٦	٦	عليه البائع	عليه البائع	عليه
٣٥٧	٢٤	لاخذ لاخذ			لا انا حلف عليه المشتري	لا انا حلف عليه المشتري	
٣٥٧	٢٦	البيع البيع	٣٧٦	١٣	المحقق	المحقق	المحقق متحقق خ ل
٣٥٩	٨	اخذ اخذ	٣٧٦	٣٢	انتهى	انتهى	كذا في النسخ
٣٦٠	٣٦	توهته توهته			والظاهر انه غلط	والظاهر انه غلط	
٣٦٠	٣٦	واقته واقته	٣٧٧	١٨	دفعه	دفعه	وقه
٣٦١	١٥	حكى حكى	٣٧٧	٢٨	احدها	احدها	احدها
٣٦٣	١١	يكثني يكثني	٣٧٨	١٣	باستئناها	باستئناها	باستئناها
٣٦٣	٢٤	بلاخلاف بلاخلاف	٣٦٧	١٥	حارق	حارق	الظاهر انه جارف
٣٦٤	١٠	اذ اذا			بالجم والراء المحلة والنا٠ (حاشية لكتبه محسن)	بالجم والراء المحلة والنا٠ (حاشية لكتبه محسن)	
٣٦٤	٣٣	والاشبه والاشبه	٣٧٨	٢٢	والتنظير	والتنظير	في جامع المقاصد
٣٦٥	٢ و ١٦	على رأي على رأي	٣٧٨	٢٥	وفي جامع المقاصد كيف	وفي جامع المقاصد كيف	وكيف
		سواء كان مثل قيمة المشنوع اولا	٣٧٨	٣١	لهده	لهده	لهدم
٣٦٥	٢١	الشنعة الشنعة حينئذ	٣٧٩	٤	بضمان	بضمان	بالضمان
٣٦٥	٢٥	يدفعها يدفعها	٣٧٩	٣٠	ينسقط	ينسقط	ينسقط
٣٦٥	٢٨	سواد القاضي سوار القاضي	٣٧٩	٣٤	نقص	نقص	نقص خ ل
٣٦٥	٣٣	التقوية غالبا التقوية	٣٨٠	١٣	انتهى	انتهى	النخ
٣٦٦	٣	حكى حكى	٣٨٠	٣٢	بالعنى	بالعنى	بالعنى الذي
٣٦٦	٣	وفي وفي	٣٨١	٦	بعد	بعد	بعد ان ظ
٣٦٦	٧	معاوضته معاوضة	٣٨١	٨	اقصى	اقصى	واقصى ظ

(جدول الخطا والصواب للمجلد السادس من كتاب مفتاح الكرامة وهو مجلد الامانات)

صحيفة	سطر	خطا	صواب	صحيفة	سطر	خطا	صواب
٣٨١	٣١	توافق	نوافق	٣٩٢	٨	خطأ	صواب
٣٨٠	٣٣	يعم	يقم	٣٩٢	١٥	مقدر	يقدّر
٣٨١	٣٤	الاستخدام	الاستخدام	٣٩٣	٣	المقصد	التمثل
٣٨١	٣٦	او الصفات	والصفات	٣٩٣	٣ و ٣٣	توانيا	توانيا في الطلب
٣٨٢	١٥ و ١	كان	كان الشنيع	٣٩٤	٢ و ٢٤	ترك	ترك الاشهاد
٣٨٢	١ و ١٦	طلب	طلب اشترى	٣٩٥	١	وصدقه	فصدقه
٣٨٢	٢٥	ايضا	ايضا	٣٩٥	٨	يكفي	يكفي
٣٨٣	١	بالقراس	بالقراس بالقراس	٣٩٧	٢٢	منذ	مناد (ظا)
٣٨٣	٩	اذنة	اذن	٣٩٧	٢٨	لهذه	هذه
٣٨٣	١٢	العادية	العادية	٣٩٨	٥ و ١	شرط	شرطا
٣٨٣	١٧	الاشهر به	الاشهرية	٣٩٨	٢٦	في سب	سب في
٣٩٣	٢٥	كتفها	كتفها	٣٩٩	٢٦	التولي	اقولي
٣٨٤	٣	البقا	ابقاء	٣٩٩	٣١	الكن	الكن ليس
٣٨٤	٧	ها مانع	لا مانع	٤٠٠	١ و ٣	مطلات على	على اشكال
٣٨٥	٣	فيدمه	فيدمه الشنيع			اشكل	مطلات غل
٣٨٥	٦	التعريف والشرع	الشرائع والتذكرة	٤٠٠	١٨	الشبهة	الشبهة
		والتذكرة	والتعريف	٤٠١	١١	صع	صح
٣٨٥	٧	بعد نذل	بذل	٤٠١	١٥	لا يقدح	كدا في نسخ الكتاب
٣٨٥	١١	يدعي	يدعي			و جامع المقاصد	كان الصواب لا يقدح فيه او نحوه
٣٨٥	١٦	والمذهب	والمذهب	٤٠١	١٦	يزيد	يزيد
٣٨٥	٢٦	بيان	بيان	٤٠١	٣٣	مقابلة	مقابلة
٣٨٦	١	آخر	وقت آخر	٤٠٢	٣	السبب	السبب وهو الملك
٣٨٦	٤	فالوجه	فالوجه فلا وجه غل	٤٠٣	٧	الاقوى	الاقوال
٣٨٧	٣٤	بنا في لفظة بقاء	وجوده في بعض	٤٠٣	١٢	بشوته	شوته
		الشيخ دون بعض		٤٠٣	١٧	مقابله	مقابله
٣٨٨	٣ و ١١	بعضها	بعضها	٤٠٣	١٩	فكان	فكانوا (ظا)
٣٨٨	٢٤	مقابله	مقابله	٤٠٣	٣٢	كاشف	كشف
٣٨٨	٢٦	وثبت	وثبت	٤٠٣	٣٤	لعله	لعله
٣٨٩	٥ و ١	فرده	فرده البائع	٤٠٤	٩	انها	منذنا
٣٨٩	٢ و ١٣	يحدث	يحدث عنده	٤٠٤	١١	ابا	ابي ظا
٣٨٩	٣ و ٢٥	رده	رده على البائع	٤٠٤	١٣	تدري	تدري
٣٩٠	٨	او هو	وهو	٤٠٤	٢٤	بالزوجة	بالزوجة
٣٩١	٢ و ١٨	البائع	البائع الثمن	٤٠٤	٢٨	من	من
٣٩٢	٣ و ٢٥	ويرجع	ويرجع ويرجع غل	٤٠٥	٤	مورثة	مورثة
٣٩٢	٥ و ٣٢	الشنيع	الشنيع من الثمن	٤٠٥	٢٢	المشور	المشور

(جدول الخطأ والصواب للمجلد السادس من كتاب مفتاح الكرامة وهو مجلد الامانات)

صحيفة	سطر	خطا	صواب	صحيفة	سطر	خطا	صواب
٤٠٥	٣٦	المسالك	المسالك (منه)	٤١٣	٢٨ و ٣١	المدعي	المدعي
٤٠٧	٢٠ و ٤	بيننا	تبينا	٤١٣	٣٠	ترك	ترك
٤٠٧	١٤	المبنيان	مبنيان	٤١٣	٣٢	المدعي	المدعي
٤٠٧	٣٤	صورة مورثة	حياة مورثة	٤١٤	٢٠	الشركة	للشركة
٤٠٩	١ و ٢٤	نصبيه	نصيبه لاجني	٤١٥	٢٨	خبر النفع ورفع	جر النفع ودفع
٤٠٩	٢	خمس	خمس السدس الذي له ان	٤١٥	٣٠	بالهـ اوة والبغضية	في العداوة
			ابتننا الشفعة مع الكثرة				والبعضية
٤٠٩	١٨	المشتري	المشتري	٤١٦	٠٨	الترك	ترك
٤١٢	٣٢	ظاهر	ظاهر ظاهرا خـ ل	٤١٦	٣٥	بينة	بيته
٤١٢	٣٣	التي	الدي ظـ				
٤١٣	٢٠	جروانه	جروا له				

تم جدول الخطأ والصواب الاماذا غنه البصر

(فهرست المجلد السادس من كتاب مفتاح الكرامة في شرح قواعد الالامة وهو كتاب الامانات)
(الوديعه) و (العارية) و (اللقطة) و (الجمالة) و (كتاب النصب) و (الشفعة)

صحيفة	صحيفة
٢	الكلام على الوديعه .
٢	اليد قسان عادية ويد امانة
٤	(تعريف الوديعه) ورجحان قبولها وعده
٥	الوديعه جائزة من الطرفين وما يعتبر في ايجابها
	وقبولها وكلام في العقود الجائزة
٦	شروط الايجاب والقبول وحكم الاستيداع
	من الصبي والمجنون
٨	الاستيداع من العبد وحكم ما لو طرح الوديعه
	عنده او اكرهه عليها
٩	وجوب حفظ الوديعه وما تبطل به وانها مع
	الفسخ تبقى امانة شرعية
١٠	(موجبات الضمان ستة) الاول الانتفاع والتصرف
١٦	(الثاني) الايداع من غيره وحكم السفر بالوديعه
١٨	ما يلزمه ان اراد السفر
١٩	المدينون والقاصب لو حملا المال الى الحاكم
٢٠	الودعي اذا حضرته الوفاة
٢٤	لو وجد على كيس انه وديعه فلان
٢٤	(الثالث) التقصير في دفع الملهكات
٢٦	لو ناهى المالك عن التلف والستي
٢٨	(الرابع) المغالقة للمالك
٣١	لو ادعى ناقلا السبب فانكر المالك
٣٢	لو امره بوضع فجعها في الاحرز
٣٤	(الخامس) التضييع
٣٥	لو طلبها الظالم
٣٧	(السادس) الجحود
٣٨	دعوى الرد والتلف بعد الجحود
٣٩	وجوب حفظ الوديعه
٤٠	وجوب رد :
٤٢	التقصير في الاشهاد على رد الوديعه وقضاء الدين
٤٣	اجرة السكن وموئنة الرد
٤٤	لو كان المودع غاصبا
٤٥	لو مزجها بالقاصب بماله
٤٦	لا يبرأ المقرط بالرد الى الاحرز
٤٦	(مسائل التزاع)
٤٦	انكار الوديعه ودعوى التلف
٤٧	دعوى نقص القيمة وعدم التفريط والاذن في

- ٤٨ لو مات المستودع ولم توجد الوديعة
٤٩ حكم المدعين للوديعة
٥١ وجوب تسليم الوديعة لجميع ورثة المودع
٥٢ **في الكلام على العارية**
٥٣ عقد العارية
٥٤ شرائط المعير
٥٥ جواز استيفاء المنفعة لمستعير بنفسه ووكيله
٥٦ شرائط المستعير
٥٧ جواز ائارة الدراهم والدنانير
٥٨ شرائط ائارة ناحة المنفعة وعدم جواز استئارة
لمعمر للصيد وجواز استئارة احواري لخدمة
لا للاستئاع
٥٩ كراهة استئارة الاوين لخدمة لا للترفيه وحرمه
اارة المسلم من الكافر وحكمه تنب الصيد
عند جعل مستعير من المعمر وموافاق شرائط
حري تعيني وراث
٦٠ لوقلة اعترفت ارباة مدلفها او بدرهم واذن
الولي للصبي في الاعارة واعارة النحل للخراب
والكلب للصيد واستئارة الشاة للحلب وهي
المنفعة
٦١ استعادة غير الشاة للحلب
٦٢ جواز الرجوع في العارية الا للمدمن والرجوع في
اذن البنت والفرس
٦٣ الرجوع في عارية الجدار لوضع الحطب
٦٤ الرجوع في الاعارة للدفن بعد الوضع قبل الطم
والرجوع قبل القرس ولا يعلم المستعير
٦٥ نوحل السيل نواة فنبتت في ارض الغير والرجوع
في اذن الزرع وقد بلغ الفصل
٦٦ اشتراط القلع عند الرجوع مجانا وحكم ما
لو لم يشترط القلع فاراده المستعير
٦٧ جواز الانتفاع المعير بالارض والاستغلال
وجواز الدخول للمستعير للسقي ونحوه لا للتفرج
٦٨ لكل من المعير والمستعير بيع ملكه من صاحبه
واجنبي وانه لو اعاده للفرس مدقعية فله الرجوع
٦٩ عدم ضرب له ربه الا بغير شرط والشرط
ضمن عارية الا بمس والقبضة
٧٠ ضمن المستعير من المستعير وضمن مستعير الصيد
في الحرم او محرم
٧١ ضمن المودع الرد مع الطلب وحكمه ما لو
تلف لا يمسك له وما يوشم المودع فتقصت
او قتلت
٧٢ لو استعمل ثم مضى
٧٣ جواز انتفاع المستعير بحرث به العدة وحكمه
المستعير من المالك جرو الموصى له بالمنفعة والمالك
جحد العارية
٧٤ تحاور المادون او كذب الرسول فخرج
المستعير الى ما قاله الرسول وانه الضامن
لرؤد على المالك او وكله لا الحرز
لوقلة ور المدة الشروطة لايه اذ رد اليها
وحوز الانتفاع وتقدر القسط حسب المدة
عدم حوا الزيدة عن المعير وحوا اعدان
ووجب جعل الاصل للمعير على المدة وحوا
التخلف الى المساوي دون الاخر
٧٥ ليس للمستعير ان يعير ويوجب عدم وجوب
التعرض اجبة الانتفاع
٧٦ (مسائل الرابع)
٧٧ لو ادعى العارية والمالك الاجارة
ادعى المالك القصب ودعوى استنكار الذهب
بعد التلب والمالك الاعارة وتصدق المستعير
في دعوى التلب والقيمة وعده التفریط دون الرد
وبد اعارية المضمونة غير مضمون وكونه مونة
الرد على مستعير وعدم الدانة برد الدابة الى
السائس
٧٨ لو اعاد المستعير وحكم اذن المالك في الاجارة
او الرهن
٧٩ **في الكلام على القطة**
٨٠ معنى القطة وضبط لفظها
٨١ (الانسان المقروط)
٨٢ اجبار الولي على اخذ الصبي
٨٣ وجوب التقاط الصغير على الكفاية وعدم وجوب

- الاشهاد وعدم جواز التقاط البالغ وحكم
ازدحام المنتقطين
٩٢ تداعي بنوة اللقيط
٩٤ انفراد دعوى البزوة وعدم الحكم بكثرة
الموجود في دار الاسلام او رقه الابالية
٩٥ عدم الالحاق بلام الامع البينة او التعديق
بعد اللوغ والتقاط المملوك
٩٦ فيمن له ولاية الالتقاط
٩٩ لا يصح التقاط العبد
١٠٠ لاحكم لالتقاط الصبي والمجنون وعدم صحة
التقاط الكافر المسلم وحكم ولاية المبذر
والبدوي ومنشى السفر
١٠١ الحضانة على المنتقط والتسليم للقاضي مع العجز
وجواز سفره واستيطان بلد اخر
١٠٢ ذنقة اللقيط
١٠٣ ما يحكم به للقيط وما لا يحكم
١٠٤ لو لم يكن للقيط مال
١٠٦ عدم جواز الانفاق من مال اللقيط الا باذن الحاكم
والاختلاف في قدر الانفاق واصله
١٠٨ استلحاق المنتقط او غيره للقيط وعدم حصول
الاسلام بالاستئلال الا من البالغ العاقل
١٠٩ المميز المظهر الاسلام يفرق بينه وبين ابويه
١١٠ التبعية في الاسلام
١١٥ اقله اللقيط
١١٦ قتل اللقيط والجناية على طرفه
١١٧ الاصل في اللقيط الحرية سوى ما استثني
١٢٤ الحيوان الملقوط
١٢٤ كراهية التقاط الحيوان الامع تحقق التلف
١٢٦ جواز اللقطة من العبد والكافر والفاسق والحيوان
الذي يجوز التقاطه
١٢٧ حكم البعير
١٢٩ حكم الدابة والبقرة والحمير والشاء
١٣٣ حكم صغار الابل والبقرة وغيرها
١٣٤ حكم الفزلان المملوكة ونحوها
١٣٥ اخذ الضوال من العمران
١٣٩ الكلاب المملوكة واستحباب الاشهاد على اخذها
الضالة والتقاط الصبي او المجنون للضالة
١٤٠ عدم وجود سلطان ينفق على الضالة وتقص
المنتقط مع المالك بالنفقة والمنفعة
١٤١ الضان بقصد التملك والتفريط
١٤٢ لقطة الاموال
١٤٢ (الكلام على الالتقاط)
١٤٢ كراهية الالتقاط وحكم لقطة الحرم
١٤٥ استحباب الاشهاد على اللقطة
١٤٨ حكم العادل والفاسق والكافر والصبي والمجنون
والعبد
١٥٢ (الكلام على المال الملقوط)
١٥٢ ما يشبه من النعال وغيرها
١٥٢ حكم لقطة الحرم وعيره
١٥٥ لو وجد المالك بعد التملك
١٥٦ وجوب تعريف ما زاد عن الدرهم وحكمه بعد
التعريف
١٥٧ ما يكره التقاطه
١٥٩ كراهية اخذ اللقطة مطلقا
١٥٩ (احكام اللقطة)
١٥٩ وجوب التعريف ومدته وزمانه ومكانه
واحكامه
١٦١ جواز التعريف بنسبه ونائبه واجيره واجرة التعريف
ولا كتمان بقول العدل الواحد وجوب الاجرة
١٦٢ ما يجب في التعريف والايغال في الابهام ومكان
التعريف
١٦٣ حكم ما لا يبقى كالطعام
١٦٥ تاخير التعريف في الحول الاول وكون اللقطة
امانة لاتضمن الا بالتملك او التفريط
١٦٧ لو نوى التملك هل يملكها مجانا
١٦٩ ما به يحصل تملك اللقطة
١٧١ لقطة العبد والمبعض با نسبة الى التملك
١٧٢ نية احد المنتقطين للتملك وفائدة الخلاف في تملك
اللقطة مجانا او بعوض وكون تملك الفروض
كالاثمان وحكم ما يوجد في المغاوز والحرايات
وارض لامالك لها
١٨٦ ما يوجد في ارض مملوكة

صحيحة	صحيحة
١٧٨ ما يوجد في جوف دابة أو سمكة	٢٠٦ موجبات الضمان ثلاثة
١٨٠ ووجدني صندوقه أو داره مالا لا يعرفه وإن	٢٠٨ رفع يد المالك بدون إثبات يده وجوهر المودع
أنتمكم إذا باع اللقطة على من يرد الثمن	وعزمه على المنع
١٨١ ما يسه عوض ثيابه أو مداسه	٢٠٩ ما يتحقق به إثبات اليد
١٨٢ موت اللقطة قبل التعريف	٢١٣ دخول الضيف على القوي أو في عيابه
١٨٣ متى ينب رد اللقطة ومتى يجوز	٢١٤ اجتماع المباشر والجنب
١٨٤ دفع للواصف فظهرت البيعة فغيره وحكم	٢١٥ دفع الغير في يده فخرها ثلث وفتح رأس الرق
نه رض البيعتين	فقبلته للريح وفتح القيد فشردت الدابة
١٨٥ رد بعد العول فقامت البيعة وحكم الزيادة	٢١٦ إزالة وكا الظرف فمال ما فيه والقبض بالبيع
في حول وبعده	القاسد أو السوم
١٨٦ مختار الكلام على الجالة	٢١٧ استيفاء نفعه لإجارة القاسد والقائه الصبي في مسعة
١٨٦ معنى إجمالة لشراء أو هل هي عتد أو ابتاع	٢١٨ فتح الباب على مال ففرق
١٨٧ إجمالة في العقود الحرة ومشروعية الجعالة	٢١٩ حفر البئر في غير ملكه
وعدمه وكون الراد ابتداء متزوج	٢٢٠ إجمالة المنفعة ورسالة ما في ملكه فاعرق
١٨٨ الرد مع عدم إجمالة الجعالة	٢٢١ أو عصب شاة فأت ولدها جوار
١٨٩ رد مع كذب المفسد وحكمه لو قال من	٢٢٢ منع الغير من امساك دابته وحكمه ما له مد
رد بعد فلان فله كذا وقد تطبق العمل على	يقود دابة فقادها وضاح حمل العصب دون
١٩٠ رد في الإجارة والجعالة	حمل المبيع أو القاسد والسوم
١٩١ رد الجعالة والهدية	٢٢٣ عدم ضمان الحر بالنصب وتلف الصغير في يده
١٩٢ رد العمل والجعل	القاص واستخادم الحر أو استجاره مع أهله
١٩٣ رد جائرة من الطرفين	٢٢٤ حاس الصانع
١٩٤ رد حق العمل المعلن بالتمام ويعمل بالتأخر من	٢٢٥ أو استاجر دابة أو عتدا فعبسه وعصب الخمر
١٩٥ رد حصول الضمانة في يده قبل العمل	٢٢٦ نقل السبي الحر إلى ضيعة فادخره المبيع
١٩٦ أحكام المبيع وحكمه ما لو بدل جعلا غير معين	٢٢٧ وفتح الزرق عن جامد فاذا نه الغير والأيدي
١٩٨ رد استدعى الرد ولم يبدل أجرة وحكمه ما	الترتبة على يد القاص
لو صدر الفعل عن جماعة أو عن كل واحد	٢٣٠ استقرار الضمان على من يتلف المصوب في يده
١٩٩ رد جعلا ثلاثة جعلا متفاوتة أو جعل واحد	مع عدم الغرور وحكمه ما لو كان الغرور هو
وجعل لغيره وما لو جعل واحد فتبجح معه آخر	المالك وايداع القاص المالك أو الجارة
٢٠٠ رد من بعض إضافة أو أو أزيد أو من غيرها	٢٣١ رجوع المالك على المشتري من القاص وترويج
٢٠١ (مسائل النزاع)	الجارية المصوبة من المالك
٢٠٢ رد من رد عبدي فرد أحده	٢٣٢ هبة القاص من المالك وما لو قال هو عبدي
٢٠٣ رد الجعالة بعد الرد أو قبله	فاعتقه عني أو منك
٢٠٤ رد كتاب النصب	٢٣٣ أمر القاص المالك بذبح الشاة وأمره بالأكل
٢٠٥ معنى النصب لغة وشرعا	فباع وتميم الانتفاع
	٢٣٤ الكلام على محل النصب

- صحيحة
٢٣٤ ما يضمن به الحيوان المملوك واطرافه
٢٣٩ ضمان عين البقرة والفرس واطرافها
٢٤٠ ما يضمن به العبد المصوب لو مات في يده
٢٤١ ضمان غير الحيوان بالمثل في المثلي والمراد بالمثلي
٢٤٢ الضمان بالقيمة مع تعذر المثل
٢٤٣ ضمان غير المثلي بالقيمة
٢٤٥ اذا كسرت الملاهي ونحوها او احرقته
٢٤٦ ضمان المستولدة والمدير والمكاتب المشروط
والمنافع الباحة وحكم تعددها
٢٤٧ ضمان منافع البضع
٢٤٨ ضمان منفعة كلب الصيد وحكم ما يصيده
الكلب او العبد المصوبين وانتقاص قيمة المصوب
بافة سهاوية او بالاستعمال وحكم الاجرة
٢٤٩ مع غرم قيمة المصوب هل عليه الاجرة
٢٥٠ الواجب في المثلي المثل والقيمة العليا في غيره
وحكم ما لو تلف المثلي فلم يغرمه حتى فقد المثل
٢٥٢ لو غرم القيمة ثم قدر على المثل او العين وهل له
دفع المثلي في غير مكان الاتلاف وحكم ما
لو اتلف الماء في المفاضة ثم اجتمع على نهر
٢٥٣ اتلاف انية الذهب
٢٥٤ اتخاذ الشريح من السمسم وتعذر المثل الا
بكثر من ثمن المثل وحكم ما لو ضمن العبد
الابق ثم رجع
٢٥٦ التنازع في عيب يؤثر في القيمة
٢٥٨ ضمان الذهب والنضة وعدم ضمان نقص السرمرع
عدم تغير العين
٢٥٩ حكم قطع الثوب
٢٦٠ لو كان العيب غير مستقر بل يزايد
٢٦١ غصب زوجي خف وتلف احدها
٢٦٢ غصب احد زوجي خف فتلف
٢٦٣ لا يملك الغاصب العين للمصوبة وحكم عود
العين للمصوبة
٢٦٤ غنا العين المصوبة وضمان الاجرة وقتل العبد
المصوب قصاصا والاقتصاص منه بجناية على
الطرف
٢٦٥ قتل العبد المصوب برودة او قطعه بسرقة
- صحيحة
٢٦٦ ار تداده في بد العاصب ووقته في يد المالك
٢٦٧ واشترى مرتدا او سارقا فقتل او قطع وبقيته
احكام جنابة العبد المصوب
٢٦٨ العبد المودع اذا جنى بالمستغرق فقتله المودع
وحكم ما لو جنى في يد السيد بالمستوعب ثم
غصب فجنى اخرى بالمستوعب
٢٧٠ جنابة العبد المصوب على سيده وحكم ما لو
خصي او سقط العضو باقية
٢٧١ جملة من احكام العبد المصوب
٢٧٢ نقصان الارض المصوبة لترك الزرع ونقل توابها
والفرق بين قلع البائع احجاره وحفر الغاصب
وحكم حذر البئر في الارض المصوبة
٢٧٤ ذهاب نصف المانم المصوب بالقلبان مع عدم
نقص القيمة وجبر التالف من الصفات بالمتجدد
٢٧٥ غصب العصير خصار خمر او الخمر فصار خلا
٢٧٦ زرع البذر وتفرغ البيض المصوبين
٢٧٧ طعن الغاصب الحنطة وخياطته الثوب وصياغة
النقرة وصنع الثوب
٢٧٨ اطارة الريح للثوب الى اجانة صباغ
٢٧٩ غصب الثوب من شخص والصنع من اخر وقبول
صنع الغاصب للزوال
٢٨٠ جملة من احكام صنع الثوب المصوب
٢٨٢ مزج الغاصب الزيت بزيت
٢٨٣ مزج الزيت بالشريح والحنطة بالشعير واستدخال
الخشب المصوبة في البناء
٢٨٤ رقع السفينة باللوح المصوب وخياطة الثوب
بجيوط مصوبة
٢٨٥ خياطة جرح الحيوان بالمصوب
٢٨٦ دخول الفصيل في بيت الغير او الديتار في محبسته
وعسر اخراجه
٢٨٧ ادخال الدابة راسها في قدر والاحتياج للكسبر
٢٨٨ حرمة كل تصرف على الغاصب سوى الرد ووطى
الجارية المصوبة واقتضاها بالاصبع
٢٩٨ لو باع الغاصب الجارية فوطئها المشتري
٣٠٠ التزوج من الغاصب
٣٠١ لو بنى المشتري في البيع المصوب فقلعه المالك

صحيفة

صحيفة

- ٣٠٢ نقصان الولادة لا يجبر ما ولد
٣٠٣ غصب الفعل وانزائه على الانتى وهزال الدابة
المقصورة
٣٠٤ فوائد المصوب للمالك مضمونة على الفاسد
وعدم ملك ما يقبض بالبيع الناسد وضمانه
ومناخه
٣٠٥ انشاء من الفاسد
٣٠٦ زرع الارض المصوبة وغرسها
٣٠٨ نقل المصوب وثناء الارض المصوبة ونقض
الدار المصوبة وثناء الدار المهدومة
٣٠٩ عدم جواز التصرف لغير الفاسد ايضا في الارض
وحكم هبة الفاسد واتجاره ومضارته بالمال
المصوب
٣٠٩ اقرار رافع العبد بغيره وتكذيب المشتري
له او اقرار المشتري خاصة
٣١١ (منازل الغراء)
٣١٥ **الكلام على الشفعة**
٣١٥ تعريف الشفعة
٣١٧ عدم كونها بيعا وبين ما ثبت فيه وعدم
ثبوتها في المقتولات
٣٢٠ عدم ثبوتها في البناء والغرس اذا بيعا منفردين
٣٢١ حكم الدواليب واجبال والشرة والحجرة
الغاية وعدم ثبوت الشفعة بالحوار
٣٢٢ حكم المقسوم مع الشركة في الطريق والنهر
وعدمه
٣٢٤ عدم ثبوت الشفعة فيما لا يقبل القسمة
٣٢٧ ضم ما لا شفعة فيه الى ما فيه الشفعة وعدم
ثبوتها الا مع الانتقال بالبيع
٣٢٨ لو كان الشريك موقوفا عليه
٣٢٩ هل يشترط في الشفعة لزوم البيع
٣٣١ (الذي له الاخذ بالشفعة) وعدم ثبوتها لغير
الشريك الواحد
٣٣٣ لا شفعة للعاهر والمطل والمأزب
٣٣٤ دعوى غيبة الثمن او كونه في بلد اخر
٣٣٥ اشتراط اسلام الشفعين ان كان المشتري مسلما
- وكم ثبوتها للاب والجد والوصي على اربعة
والمجنون وحكم اخذ الوكيل بالشفعة
٣٣٦ ثبوت الشفعة للصغير والمجنون والغائب والنفية
والمكاتب
٣٣٨ شراء العامل بال المأزبة شقفا لصاحب المال
فيه شركة
٣٣٩ الماخوذ منه بالشفعة وحكم شراء الشريكين
دفعة
٣٤٠ بيع المكاتب شقفا بنجومه ثم فسخ السيد
الكتابة وشراء الولي للطفل شقفا في شركته
والمعابة بالبيع في مرض الموت وهناك شفعة
٣٤١ بيع الولي او الوكيل عن احد الشريكين وبيع
شقش في شركة حمل
٣٤٢ غزو ولي الطفل مع عطلة الاخذ وتركه الاخذ
لأعسار العبي وحكم القس عليه والفلس
والعبد المدون في الشفعة
٣٤٣ بيع شقش في شركة ل المأزبة وضمانه
استخراج حق كل واحد من الشفعة مع الكثرة
٣٤٤ بقية فروع تعدد الشفعة
٣٥٠ (كيفية الاخذ بالشفعة) وملك الشفع الاخذ
باعتد او في مدة الخيار وكون الواحد نافعا
والقول
٣٥٥ اشتراط دفع الثمن او الرضا بالشفعة
٣٥٧ اشتراط علم الشفع بالثمن والمثل
٣٥٨ وجوب تسليم الثمن اولا وعدم جواز اخذ
الشفيع العنصر
٣٥٩ وجوب طاب الشفعة على الزور
٣٦٥ كون الاخذ بثمن الثمن الذي وقع عليه العقد
او ثمنه
٣٦٧ المولى والريادة في الثمن بعد العقد
٣٦٨ لا يقطع عن الشفع ما يملكه البائع وحكم
ارشام العيب وكون الثمن مؤجلا
٣٧٠ بيع شقش مع شركتين واحدا شفعة وترك
الاخذ لثروهم امر فان خلافه
٣٧١ تصرف المشتري قبل الاخذ

صفحة

صفحة

- ٣٧٣ تقايل المتبايعين والرد بالعيب
 ٣٧٥ لو رضي بالشراء لم يكن له الشفعة بالاقالة
 و حكم ما لو قلنا باتحالف وفسخنا البيع
 ٣٧٦ اشبيع ياخذ من المشتري
 ٣٧٧ ر كان المبيع في يد البائع وقيام قبض الشفع
 فقام قبض المشتري وانه ليس للشفيع فسخ البيع
 ولا الاقالة وانهدم المبيع وتعيه
 ٣٨١ تلف بعض المبيع
 ٣٨٢ بناء المشتري وغرسه وزرعه
 ٣٨٨ ظهور استحقاق الثمن او عيه
 ٣٩١ تلف الثمن المعين قبل قبضه
 ٣٩٢ ظهور العيب في الشقص
 ٣٩٣ (مستقطات الشفعة)
 ٣٩٣ استوطها بالتقصير والتواني
 ٣٩٥ اسقاط حقه قبل البيع
 ٣٩٧ لو كان وكيل في البيع او شاهدا او باريك او
 اذن او ضمن
 ٣٩٨ لو شرط له الخيار فامضى
 ٣٩٩ لو جهلا قدر الثمن او اخر المطالبة لبعده او
 اعترف بغصبية الثمن او تلفه قبل القبض
 ٤٠٠ الحيلة لاسقاط الشفعة
 ٤٠١ قول الشفع يعني او قاسمني والمصالحة على
 ترك الشفعة وبيع الشفع نصيبه او بعضه بعد
 العلم بالشفعة او قبله
 ٤٠٣ الشفعة موروثه
 ٤٠٧ لو اشترى مشفوعا ووصى به ثم مات او وصى
 بشقص فباع الشريك بعد الموت قبل القبول
 ٤٠٨ شراء المرتد وما لو قاض احد الشركاء الثلاثة
 اخر فاشترى من الثالث نصف نصيبه وبيع احد
 الثلاثة حصته من شريكه
 ٤١٢ (مسائل النزاع)
 ٤١٢ الاختلاف في الثمن
 ٤١٦ الاختلاف بين المتبايعين
 ٤١٧ دعوى المشتري عدم العلم بالثمن او نسيانه
 ٤١٨ الاختلاف في قيمة العوض المجهول ثنا
 ٤١٩ الاختلاف في القراس والبناء ودعوى بيع نصيبه
 على اجني فانكر
 ٤٢٠ دعوى تأخير شراء شريكه ودعوى كل منها
 سبق
 ٤٢١ دعوى احدهما الابتياح والاخر الارث او الايداع
 ٤٢٤ مطالبة مدعي الشفعة بتحرير دعواه
 ٤٢٥ قول الخصم اشتريته لفلان او للطل
 ٤٢٧ دعوى العاخر الشراء من الغاب
 ٤٢٨ انكار المشتري ملكية الشفع ودعوى كل
 من الشريكين سبق بالشراء
 ٤٣٠ اختلاف المتبايعين في الثمن
 ٤٣١ دعوى الفو على وارث الشفعة
 ٤٣٣ قول احد الوارثين للمشتري شرائك باطل
 والاخر انه صحيح وقرار الشفع والمشتري
 خاصة او الشفع والبائع خاصة
 ٤٣٤ دعوى الملك على اثنين فصدقه احدهما فباع حصته
 على المصدق
 ﴿ تم فهرست ﴾

